Der Duldungsprozeß des § 739 ZPO.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Hans Ehlermann

Assessor in Oldenburg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. I. Bestimmung und Begrenzung der Aufgabe 1
§ 2. II. Entstehungsgeschichte und systematische Stellung des § 739 ZPO. 2
§ 3. III. Der gesetzgeberische Grund der Bestimmung 4

Erster Teil.

Der Streit über die Rechtsnatur der Duldungsklage des § 739 ZPO.

I. Übersicht über die verschiedenen Ansichten.
Vorbemerkung 8
1. Die Duldungsklage als Leistungsklage.
§ 4. a) Klage auf positive Leistung 9
§ 5. b) Klage auf negative Leistung 20
§ 6. 2. Die Duldungsklage als Feststellungsklage 22
§ 7. 3. Die Duldungsklage als Rechtsgestaltungsklage 26
§ 8. II. Stellungnahme 28
§ 9. III. Folgerungen 32

Zweiter Teil.

Der Duldungsprozeß nach § 739 ZPO.

A. Das Verhältnis des Duldungsprozesses zum Leistungsprozeß.

§ 10. I. Das Verhältnis der Klagen zueinander 40
§ 11. II. Das Verhältnis der Entscheidungen zueinander 46

B. Der Duldungsprozeß im besonderen.

I. Die Duldungsklage.
§ 12. 1. Das Anwendungsgebiet 52
§ 13. 2. Die Begründung 68
§ 14. 3. Der Streitwert 75
II. Die Durchführung des Prozesses.
§ 15. 1. Die materiellrechtlichen Einwendungen des Mannes . . . 78
§ 16. 2. Die Rechtsverhältnisse bei gemeinsamer Erhebung der Klagen 80
§ 17. 3. Die Rechtsverhältnisse bei getrennter Erhebung der Klagen 104
§ 18. III. Die Fassung des Urteilstenors 107
§ 19. IV. Die Kostenentscheidung 108
§ 20. **Schlußwort** 130

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553616_0095

Literaturverzeichnis.

Aronius, Im ehelichen Beistande. In Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 253ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 4: Immaterialgüterrecht — Familienrecht. Tübingen 1908.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Aufl. Jena 1906.

Dieterich, Die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Nießbraucher am Vermögen des Schuldners. Heidelberg 1908.

Du Chesne, Die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau. Im Sächsischen Archiv Bd. 13 S. 1ff.

Dürr, Die Anordnung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung eines Grundstücks unter Berücksichtigung des ehelichen Güterrechts. In der Bayerischen Zeitschrift 1909 S. 443ff., 466ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 2: Familienrecht. 8./9. Aufl. Berlin 1908.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. Teil 1: Die allgemeinen Grundsätze des Zwangsvollstreckungsrechtes. Berlin 1908.

Full, Die Sachlegitimation des Mannes am eingebrachten Gut im gesetzlichen ehelichen Güterstande. Würzburger Diss. 1905.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8./9. Aufl. Tübingen 1908, 10. Aufl. 1911.

Geib, Die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut, insbesondere nach § 741 ZPO. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 94 S. 317ff.

Geib, Die Pfändung eingebrachter, im Besitz des Mannes befindlicher Mobilien. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 97 S. 161ff.

Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. In Fischers Abhandlungen 1909 Bd. 18 Heft 1.

Hahn, Zur Lehre vom Duldungsanspruch. Im Sächsischen Archiv Bd. 1 S. 363ff.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 34. Breslau 1911.

Heinsheimer, Recht des Mannes am Vermögen der Frau bei dem ordentlichen gesetzlichen Güterstand des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Fischers Abhandlungen Bd. 10 H. 3. Jena 1903.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. In Fischers Abhandlungen Bd. 5 H. 1. Jena 1900.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.

Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. 1—3. 1903—1909.

Hochgürtel, Die Klage gegen den Ehemann, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau zu dulden. Ein Beitrag zur Auslegung des § 739 ZPO. Erlanger Diss. 1910.

Hoeniger, Die Pfändung eingebrachter, im Besitz des Mannes befindlicher Mobilien. In Justizdienstliche Rundschau Bd. 2 S. 1 ff.

Hörle, Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäftes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Rostocker rechtswissenschaftliche Studien Bd. 3 H. 5. Leipzig 1907.

Hoppe, Ein Beitrag zur Lehre über die Klage gegen den Ehemann nach § 739, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut zu dulden. Jenenser Diss. 1906.

Jolly, Die Duldungspflicht des Ehemannes gemäß §§ 739, 741 ZPO. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 34 ff.

Kleinfeller, Lehrbuch des Zivilprozesses. Berlin 1905.

Kraus, Einige Streitfragen über § 739 ZPO. In der Bayerischen Zeitschrift Bd. 3 S. 227 ff., 252 ff.

Kreß, Besitz und Recht. Nürnberg und Leipzig 1909.

Landau, Die Verurteilung des Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99 S. 457 ff.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. In Fischers Abhandlungen Bd. 15 H. 1. Jena 1906.

Lessing, Kostenentscheidung bei Streitgenossenschaft. Im Sächsischen Archiv Bd. 13 S. 516 ff.

Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger nach dem Rechte vom 1. 1. 1900. Diss. 1900.

Linsmayer, Verbindung der Klagen auf Leistung gegen eine Ehefrau und auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 33 S. 34 ff.

Magnus, Die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung unter besonderer Berücksichtigung des § 739 ZPO. Jenenser Diss. 1908.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Neustadt, Das Eherecht. In Kritische Studien zum Familienrecht Bd. 1. Berlin 1907.

Opet-Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Kommentar. Berlin 1904.

Petersen-Anger, Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. Bd. 1 u. 2. Lahr 1906.

Planck, Familienrecht. Kommentar. 3. Aufl. Berlin 1906.

Reincke-Wienstein, Die Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. Berlin 1910.

Rittmann, Wert des Streitgegenstandes. 2. Aufl. Straßburg 1905.

Rohs, Leistungs- und Duldungsanspruch. In der Juristischen Wochenschrift Bd. 35 S. 591.

Roth, Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 737, 739, 743, 745 Abs. 2, 748 Abs. 2. Leipziger Diss. 1905.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 2. Aufl. Leipzig.

Schmidt-Habicht, Familienrecht. Kommentar. Berlin 1904.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. München 1910/11.

Seuffert, Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten nach der neuen Zivilprozeßordnung. In Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 133.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Recht. Leipzig 1903.

Skonietzki-Gelpcke, Zivilprozeßordnung. Bd. 1. Berlin 1911.

Staudinger-Engelmann, Kommentar zum Familienrecht. 5./6. Aufl. München 1910.

Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. 1903.

Stephan, Die Unterlassungsklage. München 1908.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. Berlin 1910.

Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. 2. Aufl. 1903.

Walsmann, Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und das Gesamtgut. In Rostocker wissenschaftliche Studien Bd. 2 H. 6. Leipzig 1904.

Wasserfall, Die Rechtsbehelfe, insbesondere die Exekutionsintervention und Schadensersatzansprüche eines mit seiner Frau im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehemannes, der nach § 739 verurteilt ist. Münstersche Diss. Leipzig 1908.

Weinhagen, Die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in bestimmte Vermögensmassen. Beitrag zur Erläuterung der §§ 737, 739, 743, 748 Abs. 2 ZPO. Jenenser Diss. Berlin 1908.

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 2. Stuttgart 1905.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92 S. 1ff.

Wieruszowski, Handbuch des Eherechts. Teil 2: Das eheliche Güterrecht. Abt. 1 u. 2. Düsseldorf 1903/04.

Einleitung.

§ 1.

I. Bestimmung und Begrenzung der Aufgabe.

Die Exekutions-Duldungsklage des § 739 ZPO. ist bereits wiederholt zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen gemacht worden.[1]) Die Bearbeitung beschränkt sich jedoch in der überwiegenden Mehrzahl ausschließlich oder hauptsächlich auf die theoretische Frage nach der Rechtsnatur der Duldungsklage. Eine allen Einwendungen standhaltende Lösung dieser Streitfrage ist aber bisher nicht gefunden worden und wird auch kaum erreicht werden, obgleich alle „für und wider" sprechenden Gesichtspunkte hinreichend erörtert zu sein scheinen. Der Grund liegt darin, daß der Gesetzgeber selbst sich offenbar über die in seinen Normen liegenden Schwierigkeiten nicht klar gewesen ist und deshalb an eine Konstruktion der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse gar nicht gedacht hat, so daß die gesetzlichen Bestimmungen zur Beantwortung der Frage einen geringen Anhalt bieten. Die Lösung der Aufgabe wird dann noch besonders dadurch erschwert, daß die wesentlichen gesetzlichen Bestimmungen (vor allem ZPO. § 739 und BGB. § 1411) im Wortlaut an den entscheidenden Stellen sehr stark voneinander abweichen, ein Umstand, der zu den mannigfachsten Konstruktionsversuchen verlocken mußte und — wie die Übersicht im ersten Teil dieser Arbeit zeigen wird — auch verlockt hat. So ist die Frage nach der Rechtsnatur der Duldungsklage des § 739 ZPO. eine höchst bestrittene geblieben, sie ist auch gerade durch die neuesten Arbeiten einer einigenden Lösung nicht näher gebracht worden.

---

[1]) s. vor allem die Arbeiten von Geib, Walsmann und Hein sowie die Dissertationen von Roth, Hoppe, Magnus, Weinhagen, Wasserfall, Hochgürtel.

Bei der reichlichen Behandlung dieses systematisch-theoretischen Problems ist die Untersuchung der großen sonstigen Fülle des Rechtsstoffes, die in den genannten Normen liegt, die Behandlung der mannigfachen praktischen Fragen, die die Durchführung des Duldungsprozesses und der Duldungsvollstreckung im Sinne des § 739 ZPO. bietet, stark vernachlässigt worden, so daß eine zusammenfassende, theoretisch und praktisch voll befriedigende Darstellung dieser Fragen bisher nicht vorhanden ist.[2])

Die nachfolgende Arbeit versucht, diese Lücke auszufüllen und eine möglichst umfassende Erörterung der in der Praxis der Duldungsklage und des Duldungsprozesses des § 739 ZPO. enthaltenen Schwierigkeiten und Streitfragen zu bieten. Dabei ist eine Beschäftigung mit der vorerwähnten theoretischen Streitfrage nach der Rechtsnatur der Klage nur in der Weise erfolgt, daß im ersten Teil der Arbeit einmal eine möglichst knappe Übersicht über die verschiedenen Ansichten unter Hervorhebung nur der wesentlichsten Argumente und Gegenargumente gegeben wird (s. §§ 4—7), sodann zu dem Streit der Meinungen Stellung genommen wird (§ 8), soweit das zur Gewinnung fester Grundlagen für die Untersuchung der praktischen Frage notwendig erscheint und schließlich aus dieser Stellungnahme einige wichtige und für die sich anschließende Betrachtung wegweisende Folgerungen gezogen werden (§ 9). Daran schließt sich dann im zweiten und Hauptteil die Untersuchung der einzelnen Fragen des Duldungsprozesses.

§ 2.

II. Entstehungsgeschichte und systematische Stellung des § 739 ZPO.

I. Die Frage, wie sich bei den verschiedenen ehelichen Güterständen die Zwangsvollstreckung gegen die Ehegatten gestaltet, ist in der alten Zivilprozeßordnung nicht beantwortet

[2]) s. z. B. Weinhagen S. 49 und RG. v. 7. 4. 1909 in JurW. 1909 S. 32. Vgl. nur neuerdings Hein, der von dem eigenartigen Standpunkt seiner Haftungstheorie aus eine größere Anzahl praktischer Fragen berührt.

worden. Wegen der Mannigfaltigkeit der zur Zeit der Entstehung der Zivilprozeßordnung geltenden ehelichen Güterrechte war die Aufnahme allgemeiner Vorschriften dieser Art in die Zivilprozeßordnung ausgeschlossen.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dann einen gesetzlichen Güterstand und Normativbestimmungen für vertragliche Güterrechtssysteme geschaffen. Damit war auch die Veranlassung zur reichsgesetzlichen Regelung der Frage nach der Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten gegeben. Die Bestimmungen waren zunächst im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst enthalten (s. 1. Entw. § 1314, Mot. dazu Bd. 4 S. 257 ff.). Die Kommission für die 2. Lesung verwies sie dann wegen ihres rein „prozessualen Inhalts" in die Zivilprozeßordnung (Protokolle dieser Kommission Bd. 4 S. 183, 135, 205). Sie finden sich in dem von der Redaktionskommission auf Grund der bisherigen Beschlüsse der Kommission 2. Lesung ausgearbeiteten Entwurf eines Gesetzes betr. Änderung der Zivilprozeßordnung wieder (s. § 670 e der Novelle; Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 8 S. 140, 151, 165) und sind alsdann in die Zivilprozeßordnung übergegangen.[2])

II. In der Zivilprozeßordnung sind die Bestimmungen enthalten im ersten Abschnitt des achten Buches. Sie stehen hier im Zusammenhang mit Vorschriften, die die Zwangsvollstreckung in ein Vermögen regeln, das der Berechtigung mehrerer unterliegt (ZPO. §§ 735—749), und insbesondere Antwort auf die Frage geben, wie in solchen Fällen die Zwangsvollstreckungstitel beschaffen sein müssen. Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten betreffen die §§ 739—744. Hier interessiert nur der § 739, und zwar auch nur, soweit er den gesetzlichen Güter-

---

[1]) Lothar Seuffert in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 133; Walsmann S. 1—3.

[2]) Übrigens war auch schon nach dem Recht vor Einführung des BGB. eine ähnliche Regelung wie die heute nach ZPO. § 739 vorgeschriebene eingebürgert, insbesondere ein Duldungstitel erforderlich; s. Gaupp-Stein (3) N. 16 zu § 690 ZPO.; Habel in BayZ. Bd. 3 S. 106, 107; Roth S. 1 Anm. 2; RG. Bd. 6 S. 397, Bd. 38 S. 292 ff. Hinsichtlich der Übergangsvorschriften s. Seuffert, Komm. (11) N. 5 zu § 739.

stand betrifft. Bei diesem Güterstand macht die Vollstreckung in das Vermögen des Mannes und in das Vorbehaltsgut der Frau keine Schwierigkeiten, da hier dem anderen Ehegatten kein Recht an diesen Vermögensmassen zusteht. Anders liegen die Verhältnisse bei dem eingebrachten Gut der Ehefrau (BGB. §§ 1373 ff.; vgl. Walsmann S. 1—3).

Die genannten Vorschriften der Zivilprozeßordnung, insbesondere der § 739, stehen in untrennbarem Zusammenhang mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das eheliche Güterrecht, insbesondere mit den §§ 1411 ff., sie sind gewissermaßen eine prozessuale Ergänzung des materiellen Rechts. Verschiedene Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere die über die Schulden der Eheleute (§ 1411), sind erst durch Heranziehung der Vorschriften der Zivilprozeßordnung in ihrer praktischen Tragweite erkennbar, was die nachfolgende Untersuchung zeigen wird.[3])

§ 3.

III. Der gesetzgeberische Grund der Bestimmung.

I. Der gesetzgeberische Grund der Bestimmung des § 739 ZPO. ist ein mehrfacher:

1. In erster Linie bezweckt die Bestimmung den Schutz des Mannes und seiner ehemännlichen Rechte. Diese Rechte werden durch eine gegen das eingebrachte Gut gerichtete Zwangsvollstreckung beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung soll aber nach den gesetzlichen Bestimmungen nur dann eintreten, wenn das eingebrachte Gut der Frau im Einzelfalle für eine Verbindlichkeit der Frau „haftet“. Nur dann können die Gläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die Rechte des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verlangen (BGB. § 1411: Vollschuldgläubiger; so Cosack (4) Bd. 2 § 297 I 2; Gegensatz: beschränkt wirksame Schulden, Minderschulden). Es bedarf also im Interesse des Mannes in jedem Falle des Vor-

[3]) Seuffert in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 133; Staudinger-Engelmann (4) N. 7 zu § 1411.

gehens gegen das eingebrachte Gut einer Klarstellung, ob dieses für die betreffenden Frauenverbindlichkeiten haftet oder nicht.

Die Rechte des Mannes würden an sich der Zwangsvollstreckung keine Hindernisse bereiten; denn es sind ja nur Rechte an Sachen Dritter, und die Regel, daß Rechte an fremder Sache den Gläubiger nicht hindern an der Zwangsvollstreckung in diese Sache, sondern dem Berechtigten nur ein Recht auf Klage nach ZPO. § 771 gewähren, müßte auch für die ehemännlichen Rechte gelten. Man könnte also an sich den Mann hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Rechte auf ZPO. § 771 verweisen und es ihm überlassen, eine formell unzulässige, aber materiell ungerechtfertigte Vollstreckung selbst als Widerspruchskläger anzugreifen. Das Gesetz hat den Mann günstiger gestellt, indem es verlangt, daß auf alle Fälle vor Beginn der Vollstreckung zunächst in einem besonderen Verfahren, dem Duldungsprozeß nach § 739, dem Mann gegenüber die materiellrechtliche Berechtigung der Vollstreckung, d. h. neben dem Bestehen der Frauenverbindlichkeit die Haftung des eingebrachten Gutes, nachgewiesen werden muß. Das Gesetz weist dem Mann also die günstigere Beklagtenrolle zu.[1])

2. Die Vorschrift des § 739 ist ferner mit Rücksicht auf andere gesetzliche Bestimmungen erforderlich.

a) Der wichtige Grundsatz des § 750 ZPO. verlangt, daß eine Vollstreckung nur beginnen darf, wenn die Person, gegen welche sie stattfinden soll, im Urteil namentlich bezeichnet ist. Da nun die Vollstreckung in das eingebrachte Gut sich auch gegen den Mann richtet, insofern seine Rechte dadurch betroffen werden, und der Mann andererseits nicht ermächtigt ist, die Frau in Ansehung des eingebrachten Gutes im Passivprozeß (ZPO. § 52, BGB. § 1380) zu vertreten, so muß, um der Formvorschrift des § 750 ZPO. zu genügen, ein besonderes, den Mann betreffendes Urteil verlangt werden.[2])

---

[1]) Geib Bd. 1 S. 331; Endemann Bd. 2, 2 § 179 S. 382; Walsmann S. 8; Ullmann (2) S. 226; Hoppe, Diss. S. 29.

[2]) Ullmann (2) S. 217; Walsmann S. 4, 37; Endemann Bd. 2, 2 § 179 S. 38; Petersen-Anger N. 3 zu § 739; Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 257.

b) Nach ZPO. §§ 808, 809 kann die Zwangsvollstreckung nur in die im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen erfolgen. Die Pfändung von Sachen, die im Besitz eines Dritten sind, ist nur zulässig, wenn der Dritte zustimmt. Danach würde der Besitz des Mannes (BGB. § 1373) häufig der Vollstreckung prozessuale Schwierigkeiten bereiten. Wenn aber ein Urteil vorliegt, in dem der Mann im Sinne von ZPO. § 750 benannt ist, ist er nicht mehr Dritter im Sinne von ZPO. § 809, vielmehr Schuldner im Sinne von § 808, denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der „Schuldner" des § 808 und die Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfindet (§ 750), identisch sind (so mit Recht Planck in DJZ. Bd. 5 S. 77). Damit sind also die prozeßrechtlichen Folgen des Besitzes des Ehemannes am eingebrachten Gut in bezug auf die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut beseitigt (vgl. Ullmann S. 227; Walsmann S. 9).

c) Nach BGB. § 1395 bedarf jede Verfügung über eingebrachtes Gut und damit natürlich auch die Verfügung zur Befriedigung der Gläubiger der Zustimmung des Mannes. Eine solche Verfügung kann auch im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Da nun der Gläubiger der Frau sein Recht auf zwangsweise Befriedigung aus dem Recht der Frau herleitet, über ihr Gut zu verfügen, so ist die Folgerung berechtigt, daß auch die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nicht erfolgen kann, ohne daß der Mann vorher gehört ist. Gelegenheit dazu bietet das Verfahren nach ZPO. § 739.

d) Wenn die Klage nach § 739 nicht gegeben wäre, würde der Mann nicht Vollstreckungsschuldner, sondern Dritter sein, also auch im Sinne von ZPO. § 771. Mit der Widerspruchsklage würde der Mann auf jeden Fall durchdringen und die Vollstreckung verhindern können, und zwar auch dann, wenn die Vollstreckung materiellrechtlich berechtigt wäre, d. h. wenn das eingebrachte Gut für die betreffenden Schulden haftete, also der Mann an sich „dulden" müßte. Denn der Gläubiger könnte gegenüber der Widerspruchsklage nicht einwenden, daß der Mann materiellrechtlich zur Duldung verpflichtet sei. Ein solcher Einwand wäre ebenso unzulässig wie ja auch sonst

bei der Interventionsklage des § 771 der Einwand, daß der Intervenient selbst haftet. Durch das Vorhandensein des § 739 ZPO. ist aber der Klage des § 771 und damit auch der genannten unangenehmen Folge der Boden entzogen, da der Mann dann nicht mehr Dritter, sondern Vollstreckungsschuldner ist.

II. Aus dem hauptsächlichsten gesetzgeberischen Zweck des § 739 ZPO., nämlich der Aufgabe, dem Schutz der ehemännlichen Rechte zu dienen, folgt, daß die genannte Bestimmung nur eine relative Bedeutung hat, d. h. daß sie nur zugunsten des Mannes einzutreten hat, und daß Dritte sich auf sie nicht berufen können. Das bedeutet im einzelnen:

Die Bestimmung kann einmal nicht zuungunsten des Mannes angewendet werden. Ist der Mann selbst Gläubiger der Frau, so kann er auch ohne den Duldungstitel zwangsweise gegen das eingebrachte Gut vorgehen (s. unten § 12 II, 1). Andererseits kann weder die Frau sich mit einer Einwendung — etwa nach § 766 — auf das Fehlen des Duldungstitels berufen noch haben die Vollschuldgläubiger der Frau ein Widerspruchsrecht, wenn der Mann die Vollstreckung ohne Vorliegen eines Titels (§ 809) duldet.

Derselbe Grundsatz muß auch für die mit ZPO. § 739 in Verbindung stehende materiellrechtliche Norm des § 1411 Abs. 1 Satz 1 gelten. Auch diese Bestimmung hat nur eine relative Bedeutung.

Der Mann — und event. der Gläubiger, der sich den Anspruch des Mannes hat überweisen oder abtreten lassen — kann für seine eigene Forderung stets Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verlangen, auch wenn die Verbindlichkeiten nach Entstehung und Inhalt an sich eine Haftung des eingebrachten Gutes nicht begründen würden. Er kann ferner auch „Minderschulden“ aus dem eingebrachten Gut befriedigen, und zwar unbeschränkt mit Zustimmung der Frau, sonst nur im Rahmen des § 1376 BGB. Dagegen haben die Frau und ihre Vollschuldgläubiger keinen Anspruch darauf, daß die Minderschuldgläubiger lediglich aus dem Vorbehaltsgut Befriedigung suchen. Sie können nicht widersprechen, wenn der

Mann nach § 1376 BGB. auch diese Gläubiger mit dem eingebrachten Gut befriedigt.[3])

Diese Grundsätze haben für den Verlauf des Duldungsprozesses und der Duldungsvollstreckung mehrfache Bedeutung.

Erster Teil.

Der Streit über die Rechtsnatur der Duldungsklage des § 739 ZPO.

I. Übersicht über die verschiedenen Ansichten.

Vorbemerkung.

Bei der nachfolgenden Übersicht ist die in der Klagensystematik heute herrschende Ansicht zugrunde gelegt, die sich aufbaut auf dem rein prozessualen Gesichtspunkt der verschiedenen Rechtsschutzformen und mithin unterscheidet:

1. Leistungsklagen (Verurteilungsklagen), d. h. solche Klagen, die zwar auch eine Feststellung des Anspruches enthalten, aber darüber hinaus eine Verurteilung des Beklagten zur Leistung (Tun oder Unterlassen), also einen Leistungsbefehl aussprechen. Nur diese Klagen schaffen einen Vollstreckungstitel.

2. Feststellungsklagen. Sie beschränken sich auf den feststellenden Ausspruch über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und erzeugen keine Vollstreckbarkeit im engeren Sinne.

3. Rechtsgestaltungsklagen (Klagen auf Rechtsänderung, Bewirkungsklagen). Sie sind unmittelbar auf die Errichtung eines rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden Richteraktes gerichtet.[1])

---

[3]) vgl. Schmidt-Habicht N. 1b, 3, 4 zu § 1411; Opet-Blume N. 1a, 3 (s. jedoch 1b); Staudinger-Engelmann N. 2 zu § 1411; Crome § 580 I, 1.

[1]) s. vor allem Gaupp-Stein (10) N. II Vorbem. zu § 253; Geib, Rechtsschutzbegehren S. 16/17; Stein in ZZP. Bd. 38 S. 284—290; and. A. Schmidt, Lehrb. (2) S. 299 ff.; Weismann Bd. 1 S. 57 ff.; Hein S. 167 ff.

1. Die Duldungsklage als Leistungsklage.

I. Diese Theorie bezeichnet als Gegenstand der Leistung entweder ein positives Tun (unten § 4) oder eine negative Leistung (Dulden, Unterlassen, unten § 5). Gemeinsam ist allen Befürwortern der Leistungsklage, daß sie eine direkte rechtliche Beziehung zwischen den Vollschuldgläubigern der Ehefrau und dem Ehemann annehmen, die hergeleitet wird aus der Bestimmung des § 1411 Abs. 1 Satz 1.

§ 4.

a) Klage auf positive Leistung.

Als positive Leistung wird meist die Befriedigung der Gläubigeransprüche angesehen (s. unten I). Im Anschluß daran wird diejenige Theorie besprochen, die kein Anspruchsverhältnis zwischen Ehemann und Frauengläubiger annimmt, sondern das relative Rechtsverhältnis einer bloßen „Haftung“ (s. unten II). Verschiedentlich wird als Anspruchsverpflichtung des Ehemanns auch die Erklärung der Zustimmung zur Befriedigung durch die Frau bezw. zur Vollstreckung betrachtet (s. unten III).

I. Die Theorie, daß die Vollschuldgläubiger der Frau nach dem Sinne der Vorschriften des § 1411 BGB. und des § 739 ZPO. einen Anspruch auf Befriedigung gegen den Ehemann haben, ist am eingehendsten erörtert von Hellwig und Langheineken. Ihnen hat sich ein Teil der Theorie und Praxis mit einzelnen Abweichungen in Begründung und Folgerung angeschlossen.[1])

Es wird regelmäßig nur eine obligatorische Verpflichtung mit beschränkter oder beschränkbarer Haftung angenommen.

---

[1]) Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 318—323, Rechtskraft S. 315—317, 324, Lehrb. Bd. 1 S. 226—230, Bd. 3 S. 287; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 262—272; Seuffert (11) N. 2 zu $b\alpha$ (abw. teilw. frühere Auflagen); Petersen-Anger N. 3 zu § 739; Weismann Bd. 2 S. 38; Ullmann S. 218/19; Lessing im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 516ff., 533; Siber, Rechtszwang S. 194ff., 73ff.; Hölder in Jherings Jahrb. Bd. 51 S. 375; Görres in ZZP. Bd. 35 S. 356; Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung S. 61—63; Roth, Diss. S. 13/14; OLG. München v. 5. 10. 1903 in Seufferts Bl. Bd. 69 S. 351ff.; OLG. Rostock v. 7. 11. 1904 in DJZ. 1905 S. 823; vgl. OLG. Bd. 10 S. 378, Bd. 19 S. 72.

Das Haftungssubstrat wird jedoch verschieden bezeichnet (Hellwig: Das Ehegut, soweit der Mann an ihm berechtigt ist; Seuffert: Das Nutznießungsrecht des Mannes; Roth: Das verwaltete Vermögen; Petersen-Anger: Das Einbringen).

Nach der Argumentation Hellwigs (Anspr. u. Klagr. S. 320—323, Lehrb. Bd. 1 S. 229/230, Rechtskraft 316/17) hat das Bürgerliche Gesetzbuch das Prinzip, daß der Übernehmer eines Vermögens auch in die auf dem Vermögen lastenden Schulden eintritt, auf die Fälle ausgedehnt, wo bloß Rechte an einem Vermögen erworben werden (Beispiel: Vermögensnießbrauch, ehemännliche Rechte am eingebrachten Gut).

Durch die Eheschließung sukzediert der Mann akzessorisch in die Schuld der Frau. Die später entstehenden Frauenschulden erwachsen auch zugleich gegen den Ehemann. Er ist also Schuldner der von der Frau geschuldeten Leistung, er ist neben der Frau Gesamtschuldner. Jedoch ist der vollstreckungsrechtliche Zugriff beschränkt, richtiger beschränkbar, nach Maßgabe des § 786 ZPO. Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist überhaupt die generelle Form der Geltendmachung der beschränkten Haftung im Wege der Klage (Anspr. u. Klagr. S. 322). Langheineken S. 255 ff. begründet den obligatorischen Anspruch der Gläubiger gegen den Mann — ein akzessorischer, inhaltlich beschränkter Anspruch auf positive Leistung — vor allem damit, daß die Frau wegen der Bestimmung des § 1395 BGB. grundsätzlich zur selbständigen Erfüllung ihrer Verpflichtungen außerstande sei, daß der Mann dagegen nach seiner rechtlichen Stellung die Schulden durch entsprechende Verfügung über das in seiner Hand befindliche Vermögen tilgen könne und deshalb auch verpflichtet sei, die Leistung durch Ausübung seiner Befugnisse zu bewirken. Während aber nach Hellwig der Mann neben der Frau schlechthin zur Leistung verpflichtet und nur seine Haftung auf das eingebrachte Gut beschränkbar ist, geht nach Langheineken der Anspruch gegen den Mann von vornherein nur auf Leistung aus dem eingebrachten Gut. Nach Hellwig ist der Mann schlechthin Vollstreckungsschuldner, nach Langheineken nur in bezug auf das eingebrachte Gut.

Gegen die Annahme einer Pflicht des Mannes zur Befriedigung der Gläubiger spricht jedoch folgendes[2]):

Eine solche Auffassung steht zunächst mit dem Gesetz nicht im Einklang. Der § 739 ZPO. stellt scharf die Klage auf Duldung der Klage auf Leistung gegenüber. Aus der Bestimmung des § 1388 BGB., wonach der Ehemann nur für gewisse laufende Schulden der Frau neben ihr als Gesamtschuldner einzutreten hat, läßt sich per arg. e. contr. schließen, daß eine — beschränkte oder unbeschränkte — Inanspruchnahme des Mannes in weiterem Umfange, als in der genannten Bestimmung festgesetzt, nicht bestehen soll. Die Bestimmung des § 1376 Ziff. 3 BGB., wonach der Ehemann Verbindlichkeiten der Frau erfüllen kann, ergibt deutlich, daß nur eine Berechtigung zur Leistung, keine Verpflichtung gemeint ist. Denn ein besonderer Ausspruch der rechtlichen Befugnis zu einem Verhalten, bezüglich dessen eine rechtliche Verpflichtung besteht, erscheint doch überflüssig.[3]) Der § 1411 BGB. kann keine andere Bedeutung haben als § 1086 BGB. In § 1086 ist aber dem Nießbraucher keine Pflicht zur Befriedigung der Gläubiger auferlegt, was sich schlagend aus § 1087 Abs. 2 ergibt, wo bestimmt ist, daß der Nießbraucher unter Umständen dem Besteller gegenüber nicht einmal berechtigt ist, die Gläubiger durch Veräußerung von zum Vermögen gehörenden Sachen zu befriedigen. Das Gesetz kann aber nicht gewollt haben, daß der Nießbraucher dem Gläubiger gegenüber zu einem Tun verpflichtet sei, das sich dem Besteller gegenüber unter Umständen als eine unerlaubte Handlung darstellt.

Es ist ferner durchaus unklar, was denn nun eigentlich Gegenstand der beschränkten Haftung des Mannes sein

[2]) Hein, Duldung S. 71—75; Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 333; Linsmayer in ZZP. Bd. 33 S. 36, 37; Walsmann S. 19; Hochgürtel S. 5—9; Weinhagen S. 17—20, 33; Magnus S. 21—24.

[3]) Neben dem im § 1376 festgesetzten Recht des Mannes, die Frauengläubiger aus den Mitteln der Frau zu befriedigen, hat der Mann natürlich auch das in § 268 BGB. normierte Recht der Befriedigung aus eigenen Mitteln (arg. § 1383 BGB., also nur ein Recht!). Dann würde die Forderung des Gläubigers auf ihn übergehen. Für ihn bestände dann weder eine Haftungsbeschränkung noch ein Zwang zur Duldungsklage (s. oben § 3 II, unten § 12 II, 1).

soll. Die Substanz des eingebrachten Gutes (Hellwig) kann es nicht sein, denn das eingebrachte Gut gehört zum Vermögen der Frau, und das geltende Recht kennt nur eine Haftung mit eigenem Vermögen, nicht mit fremdem. Auch das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes (Seuffert) kann nicht in Betracht kommen, denn es ist unübertragbar (BGB. § 1408) und unpfändbar (ZPO. § 861 Abs. 1).[4]) Außerdem ist das Recht des Mannes von vornherein beschränkt durch die auf dem Vermögen ruhenden Schulden. Deshalb ist eine Haftung für diese Schulden mit Recht an dem Vermögen nicht denkbar (Weismann Bd. 2 § 134a S. 59/60).

Der Befriedigungsanspruch des Gläubigers kann sodann nicht auf die Bestimmung des § 1374 BGB. gestützt werden. Wenn auch der Mann gemäß der ihm obliegenden Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Frauengutes der Frau gegenüber verpflichtet sein mag, deren Gläubiger zu befriedigen (Heinsheimer S. 59/60), so ist damit keineswegs gesagt, daß er auch den Gläubigern gegenüber direkt zur Befriedigung verpflichtet ist. Ebensowenig wäre die Behauptung durchschlagend, daß die Leistungspflicht des Mannes nicht durch das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern erst durch die Zivilprozeßnovelle v. 17. 10. 1898, nämlich durch die Bestimmung des § 739 ZPO. eingeführt worden sei. Abgesehen davon, daß der Wortlaut der Bestimmung einer solchen Annahme entgegenstände, ist es höchst zweifelhaft, ob die zwar später veröffentlichte, aber erst gleichzeitig in Kraft getretene Prozeßnovelle die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs abändern konnte (dagegen Geib im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 — fortan zit. Geib Bd. 1 — S. 339 a. E.; dafür Hellwig; Lehrb. Bd. 1 S. 19 Anm. 16, S. 22 Ziff. 5 b). Es würde damit jedenfalls der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprochen, denn der Umstand, daß die Bestimmung aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch in die Zivilprozeßordnung verwiesen wurde, spricht dafür,

[4]) Der Einwand von Magnus, Diss. S. 18, daß sich § 861 ZPO. nur auf die Gläubiger des Mannes erstrecke, dürfte nicht stichhaltig sein, da § 861 ganz allgemein die Unpfändbarkeit ausspricht. Vgl. noch Jolly im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 474.

daß ihr offenbar keine materiellrechtliche Bedeutung zugedacht wurde.

Gegen die Lehre Hellwigs ist noch besonders folgendes einzuwenden:

Zunächst muß der Grundgedanke als verfehlt bezeichnet werden. Es bestehen doch wesentliche Unterschiede zwischen dem Übergang des Vermögens (BGB. § 419) und der Begründung eines Rechts an einer Vermögensmasse (ehemännliches Nutznießungsrecht). Der Vermögenserwerb nach § 419 BGB. erfolgt durch Einzelübertragungsakte. Der Erwerb des ehemännlichen Rechts tritt mit Abschluß der Ehe ohne weiteres ein. Der Vermögensübergang bezieht sich auf das ganze Vermögen, das Recht des Mannes nie auf das ganze Vermögen, sondern nur auf einen negativ begrenzten Teil (arg. § 1366 BGB.). Nach § 419 BGB. liegt eine Haftung mit eigenen Sachen vor, nach § 1411 BGB. würde nur eine Haftung mit fremden Sachen in Frage kommen. Schon diese Verschiedenheiten sprechen gegen eine Übertragung der Rechtsfolgen des § 419 auf den Eintritt der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes. Während sodann der § 419 klar und deutlich den Schuldübergang ausspricht, fehlt eine entsprechende Bestimmung für unseren Fall. Wenn wirklich der wichtige Grundsatz gelten sollte, daß der Anspruch auf Duldung ein Anspruch auf Leistung unter Beschränkung der Haftung sein sollte, dann wäre wohl eine ausdrückliche Regelung erfolgt. Auch die §§ 781, 786 ZPO. erwähnen den Ehegatten des gesetzlichen Güterstandes nicht. Das spricht deutlich dafür, daß hier andere Regeln gelten sollen als im Falle der Vermögensübernahme.

Wenn wirklich der Leistungsanspruch gegen die Frau und der Duldungsanspruch gegen den Mann gleichartig wären, dann müßte man auch die Konsequenz ziehen, daß ein Gläubiger der Frau mit seinem Anspruch gegen den Mann auf Duldung der Vollstreckung gegen eine Forderung aufrechnen könnte, die dem Mann gegen den Frauengläubiger zusteht, eine Konsequenz, die nicht gewollt sein kann.

Wenn ferner der Mann Gesamtschuldner neben der Frau wäre, dann müßte er auch allein verklagt werden können (arg.

BGB §§ 421, 425 Abs. 2). Ein solches Urteil könnte dann aber nicht in das Vermögen der Frau vollstreckt werden, weil dieses ja der Frau gehört. Ein Zugriff auf die Rechte des Mannes wäre durch § 861 ZPO. ausgeschlossen. Der Anspruch gegen den Mann wäre also nicht vollstreckbar. Schließlich muß Hellwig auch die Bestimmung des § 794 Abs. 2 ZPO. gegenüber der Bestimmung des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO. für überflüssig erklären (Anspr. u. Klager. S. 322 N. 21). Auch das spricht gegen diese Theorie.

Gegenüber den Ausführungen Langheinekens sei noch darauf hingewiesen, daß aus dem Umstand, daß die Frau regelmäßig nach § 1395 zur Befriedigung ihrer Gläubiger außerstande ist, keineswegs geschlossen werden kann, daß nun statt ihrer der Ehemann die Ansprüche der Gläubiger erfüllen muß.

II. Mit der vorstehend besprochenen Theorie, wonach die Vollschuldgläubiger der Frau einen obligatorischen Anspruch auf Erfüllung gegen den Mann haben, berührt sich die im Anschluß daran zu erörternde Auffassung derjenigen Schriftsteller, die zwar kein obligatorisches Anspruchsverhältnis, aber wohl ein relatives Rechtsverhältnis einer bloßen Haftung annehmen, insofern, als von diesen übereinstimmend gelehrt wird, daß das Urteil, durch das die bloße Haftung ausgesprochen wird, dem Leistungsurteil verwandt sei, daß dadurch ebenfalls ein Vollstreckungstitel geschaffen und der Mann zum Vollstreckungsgegner gemacht werde. „Die Haftungsklage bezweckt Herstellung eines Vollstreckungstitels.“[5])

Rohs (a. a. O.) lehrt, daß bei Übernahme eines Vermögens eine Schuldsukzession erfolgt, bei der bloßen Belastung eines Vermögens dagegen auch nur eine bloße Haftung ohne Schuld-

[5]) Als Vertreter dieser Auffassung kommen in Betracht: Rohs in JurW. 1906 Bd. 35 S. 591; Magnus, Diss. S. 47 f.; Hein, Duldung der Vollstreckung S. 93, 103, 109—111, 145—149 und passim. Dieser Theorie hat sich auch Gaupp-Stein in seiner neuesten (10.) Auflage angeschlossen, s. Bd. 2 N. II, 1 b der Vorbem. zu § 253 („Es wird kein Anspruch gegen den Beklagten geltend gemacht, sondern nur seine Haftung, d. h. das Einstehenmüssen für einen Anspruch“); vgl. jedoch auch schon 8./9. Aufl. N. I, 2, II, 1 zu § 739; vgl. Endemann § 179 S. 379; Weinhagen, Diss. S. 27 ff.; s. den Begriff Schuldträgerschaft bei Wieruszowski Bd. 2, 2 § 19 S. 392.

übernahme eintritt; er nimmt eine selbständige, auf positiver Gesetzesvorschrift beruhende obligatorische Verbindlichkeit, eine Legalobligation an. Magnus (S. 19/20, 51, 63) hat versucht, das Problem weiter zu vertiefen, indem er den Begriff der in Frage stehenden „Haftung für fremde Schuld" näher erläutert und das Verhältnis dieser Haftung zur Duldungsklage wenigstens berührt. Am eingehendsten ist die Haftungstheorie von Hein begründet worden. Er gibt eine Eingliederung dieses Haftungsbegriffs in das Rechtssystem und führt die Theorie in ausführlicher Untersuchung im einzelnen durch. Sein Gedankengang ist etwa folgender:

Neben der regelmäßigen, unbeschränkten Haftung des Anspruchsgegners, die durch die gesetztliche Pflicht zur Anspruchserfüllung gerechtfertigt ist — wegen des Zusammenhanges mit dem anspruchsbegründenden Tatbestand „abhängige Haftung" genannt — ist eine andere Haftung denkbar, die zwar auch zur Realisierung eines Anspruchs dient, deren Begründung aber von derjenigen des Anspruchs unabhängig ist, die also einen selbständigen haftungsbegründenden Tatbestand aufweist — deshalb „selbständige Haftung" genannt —. Der Begriff „Haftung" ist dabei genügend weit zu fassen: Haftung ist jede rechtliche Gebundenheit, kraft deren ein Rechtssubjekt einem Anspruchsberechtigten für die Anspruchsbefriedigung vermögensrechtlich einstehen muß. Dabei braucht einmal der Haftungsgegner nicht zugleich Gegner des Anspruchs zu sein, auf den sich die Haftung bezieht, und ferner ist es gleichgültig, in welcher Form dieses vermögensrechtliche Einstehen verwirklicht wird. Haftung, d. h. also Einstehen mit seinen Vermögensrechten für die Erfüllung eines Anspruchs, liegt auch dann noch vor, wenn ein unmittelbarer Übergriff in das Haftungssubstrat — Vermögensrechte des „Haftenden" — gar nicht erfolgt, sondern nur eine mittelbare Zwangsverfügung in der Weise, daß über das Vermögensrecht des eigentlichen Anspruchsgegners unter Nichtbeachtung der hinsichtlich seines Rechts bestehenden Rechte des Haftenden verfügt wird, wodurch dann die unbeachtet bleibenden Rechte des Haftenden vernichtet werden. Auch eine solche im Zusammenhang mit einer auf andere Vermögensrechte unmittelbar

gerichteten Verfügung erfolgende Vernichtung von Vermögensrechten, gleichsam eine nur reflexmäßige, mittelbare Verfügung über seine Rechte, ist noch als Haftung zu bezeichnen. Ein Beispiel, ja gerade der Typ einer solchen selbständig-beschränkten Haftung ist die Haftung des Ehemannes gegenüber den Vollschuldgläubigern seiner Frau mit seinem Nutznießungsrecht.[6]) Die Geltendmachung dieser Haftung kann nun nicht im Wege der gewöhnlichen Leistungsklage geschehen, denn an den bloßen Haftungsgegner als solchen kann kein Leistungsbefehl ergehen. Es bedarf deshalb eines besonderen Ausspruchs, der hier die vollstreckungsmäßige Durchführung der Haftung ermöglicht. Dieser Ausspruch geschieht durch das Urteil auf Duldung der Vollstreckung.

Gegen diese ganze, im einzelnen übrigens mit nicht unbeträchtlichem Scharfsinn durchgeführte Auffassung spricht nun folgendes:

Die Lehre findet im Gesetz keine Stütze. Wenn wirklich das Gesetz ein solches neues Rechtsgebilde, ein derartiges eigenartiges Rechtsverhältnis hätte schaffen wollen, dann wäre sicherlich darauf irgendwie hingewiesen und die Regelung nicht mit auch sonst üblichen Ausdrücken erfolgt. Die ganze Konstruktion einer Haftung mit fremdem Vermögen in der Art, daß eigene daran bestehende Rechte zurücktreten, muß ferner als sehr gekünstelt bezeichnet werden. Sie bedeutet eine Verflüchtigung des Haftungsbegriffes, der für das geltende Recht jedenfalls nicht zugestimmt werden kann. Selbst wenn man übrigens den einen Grundgedanken der selbständigen Haftung, nämlich das Dasein von Haftungszuständen, die unabhängig von dem Anspruch

[6]) Eine ähnliche Konstruktion findet sich schon bei Magnus S. 19/20 angedeutet, wo eine Haftung einer Person mit einer Sache oder einer bestimmten Art von Sachen auch dann als vorliegend angenommen wird, wenn und solange die Person an den Sachen dinglich berechtigt ist. Der Gläubiger könne sich dann „aus dem Recht befriedigen, dieses beschlagnahmen" (beschränkte Personenhaftung). Hein S. 110 verweist übrigens zur Erklärung dieser Theorie auf die Analogie des § 936 BGB., wonach ein begrenztes dingliches Recht unter Umständen dadurch untergehen kann, daß über das belastete Vollrecht ohne Vorbehalt des begrenzten Rechts verfügt wird.

entstehen, für den gehaftet wird, unangefochten läßt, wenn man ferner die Möglichkeit nicht weiter bestreitet, daß auch jemand für einen Anspruch haften kann, gegen den der Anspruch nicht gerichtet ist, so muß doch gegen die in dieser Theorie liegende Ausdehnung des Begriffs der Haftung selbst protestiert werden. Es ist ja auch nur ein dialektischer Ausweg, der die der Annahme einer Haftung gerade für den vorliegenden Fall entgegenstehenden Schwierigkeiten beseitigen soll. Da es nämlich einerseits eine Haftung mit fremdem Vermögen nicht gibt, eine Haftung mit eigenem Recht des Mannes gemäß § 861 ZPO. nicht in Frage kommt, andererseits aber das Verhältnis des Gläubigers zu dem Mann als ein Haftungsverhältnis aufgefaßt werden soll, so mußte eben der Begriff der Haftung so weit gestreckt werden, daß er auch noch auf den vorliegenden Fall paßte. Auf diesen rein praktischen Gesichtspunkt ist denn auch wohl die eigenartige Konstruktion zurückzuführen, die eine Haftung mit einem Vermögensrecht auch dann annimmt, wenn das Vermögensrecht gar nicht unmittelbar angegriffen wird, sondern nur mittelbar insofern, als gegen das Vermögen, das mit diesem Recht belastet ist, ohne Rücksicht auf dieses Recht vorgegangen wird.

Jedenfalls kann in einem solchen Fall de lege lata von einer „Haftung“ nicht die Rede sein. Die Theorie vom bloßen Haftungsverhältnis ist also nicht in der Lage, die konstruktionellen Schwierigkeiten zu beseitigen, und kann deshalb als geeignete Grundlage zur Lösung der vielfach streitigen Einzelfragen nicht anerkannt werden.

III. Als Gegenstand der positiven Leistungspflicht des Mannes wird schließlich verschiedentlich auch seine Verpflichtung angesehen, der Vollstreckung in das eingebrachte Gut zuzustimmen.[7])

---

[7]) s. KG. v. 3. 12. 1902 im Recht Bd. 5 S. 398/99 N. 74e; OLG. Posen v. 12. 11. 1906 OLG. Bd. 15 S. 14—16; Bayr. ObLG. v. 18. 12. 1905 im Recht 1906 S. 323 N. 207, 1910 N. 2408; vgl. ferner Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 333/34; Walsmann S. 5, 36; Jolly S. 443. Die Theorie stimmt mit der im § 5 gekennzeichneten sogen. Duldungstheorie insofern überein, als sie beide dem Gläubiger einen auf die Zwangsvollstreckung gerichteten Anspruch geben, und sie berührt sich mit der unten § 7 besprochenen An-

Diese Ansicht geht davon aus, daß die Frau nach § 1395 BGB. die Befriedigung der Gläubiger nicht ohne Zustimmung des Mannes durchführen könne, daß also die Gläubiger einen Anspruch gegen den Mann auf Zustimmung haben müßten. Da die Zwangsvollstreckung eine Art unfreiwilliger Verfügung durch die Frau sei, durch die die Rechte des Mannes ebenso beeinträchtigt würden wie durch eine freiwillige Verfügung, so sei auch dazu die Zustimmung des Mannes erforderlich. Der entsprechende Anspruch auf Zustimmung zur Vollstreckung werde mit der Klage nach § 739 geltend gemacht, das Urteil, das der Klage stattgebe, ersetze nach § 894 ZPO. die Abgabe der Zustimmungserklärung.

Die vorstehende Konstruktion muß zunächst den Wortlaut des § 1411 Abs. 1 BGB. und des § 739 ZPO. preisgeben. Es besteht auch nirgends im Gesetz ein sonstiger Anhalt für die Annahme einer allgemeinen Verpflichtung des Mannes zur Abgabe einer Zustimmungserklärung für den Fall, daß Vollschuldgläubiger der Frau in das eingebrachte Gut vollstrecken.[8])

---

sicht von Landau (Rechtsgestaltungsklage) insofern, als vorstehend der Mann zur Abgabe der Verzichtserklärung verurteilt wird und die Exekution nach § 894 ZPO. erfolgt, während nach Landau die Beseitigung infolge der Rechtskraft des Rechtsgestaltungsurteils eintritt. Vorstehend gründet sich ferner der Verzicht auf einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Mann, bei Landau auf ein Gestaltungsrecht. Vgl. Magnus S. 45.

[8]) Mit dieser Stellungnahme — Verwerfung eines gegen den Mann gerichteten Anspruchs der Frauengläubiger auf Zustimmung zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut — steht keineswegs im Widerspruch, daß unten, wo von einem allgemeinen gegen den Mann gerichteten Anspruch der Frauengläubiger auf Duldung der Befriedigung ausgegangen wird, dieser allgemeine Anspruch für den Fall, daß die Frau sich in einer dem Manne gegenüber wirksamen Weise zu einer Verfügung verpflichtet hat und sie zur erfüllenden Verfügung freiwillig bereit und hinsichtlich der tatsächlichen Verfügungsmacht auch imstande ist, als ein Anspruch auf Zustimmung zur freiwilligen Verfügung aufgefaßt wird, während in allen den Fällen, wo eine freiwillige Erfüllung durch die Frau nicht in Frage kommt, wo also gegen sie zwangsweise im Wege der Vollstreckung vorgegangen wird, der genannte allgemeine Anspruch der Frauengläubiger auf Duldung der Befriedigung als ein Anspruch auf Duldung der Vollstreckung, nicht etwa als ein Anspruch auf Zustimmung zur Vollstreckung gekennzeichnet wird; s. darüber unten § 9 I, 2 und § 8 Ziff. 4.

Die Ansicht läßt sich ferner mit dem Einwand bekämpfen (Magnus S. 45), daß die Zwangsvollstreckung sich dann nur insofern gegen den Mann richte, als seine Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung mit der Folge des § 894 ZPO. exequiert werde. Offenbar ist aber der Sinn des § 739 der, daß mit dem dort genannten Duldungsurteil ein Vollstreckungstitel gegen den Mann hinsichtlich der Vollstreckung in das eingebrachte Gut geschaffen werden soll, daß der Mann gerade hinsichtlich dieser Vollstreckung Vollstreckungsschuldner werden soll. Dafür spricht vor allem die Bestimmung des § 794 Abs. 2 ZPO., wonach das Duldungsurteil durch eine vollstreckbare Urkunde, also einen Vollstreckungstitel ersetzt werden kann. Nach der hier bekämpften Meinung müßte dann ja das Ersatzmittel weitergehende Wirkung haben als das ersetzte Urteil, denn es würde gerade das gewähren, was dem zu ersetzenden fehlt, nämlich den Vollstreckungstitel. Nach § 743 ZPO. wird ferner das Duldungsurteil in seiner Wirkung dem Leistungsurteil gleichgestellt, soll also doch wohl ebenso wie dieses als Vollstreckungstitel angesehen werden. In verschiedenen Bestimmungen (s. §§ 742, 744, 745 Abs. 2 und vor allem § 750 Abs. 2 in Verb. mit § 750 Abs. 1) wird statt des Duldungsurteils die Erteilung einer Vollstreckungsklausel des gegen den Leistungsschuldner ergangenen Urteils für genügend erachtet. Da eine Vollstreckungsklausel doch nur gegen einen Vollstreckungsschuldner erteilt werden kann (arg. § 725 ZPO.: „zum Zwecke der Zwangsvollstreckung"), so läßt sich auch diese Bestimmung zur Begründung der hier vertretenen Ansicht verwerten. Da schließlich das Duldungsurteil des § 739 ZPO. offensichtlich zu dem im § 750 ZPO. genannten Urteil gehört und hier sicherlich nur Urteile mit Vollstreckungswirkung und dem Ziel auf Schaffung eines Vollstreckungstitels gemeint sind, so muß auch das Duldungsurteil des § 739 als Duldungstitel angesehen werden. Der Vollstreckungstitel ist auch praktisch gar nicht zu entbehren in den wichtigen Fällen, wo der Mann sich im Gewahrsam des eingebrachten Gutes befindet, denn nur durch einen Vollstreckungstitel kann das prozessuale Hindernis des Besitzes (§ 809 ZPO.) aus der Welt geschafft werden.

Auch das Argument erscheint beachtenswert (Hoppe, Diss.

S. 15/16), daß es bei dieser Auffassung unmöglich wäre, das Urteil gegen den Mann für vorläufig vollstreckbar zu erklären und auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut vorzunehmen. Denn ein Urteil mit Vollstreckungswirkung nach § 894 ZPO. unterliegt nach herrschender Ansicht — s. Seuffert (11) N. 1 VI zu § 894 ZPO. — nicht der vorläufigen Vollstreckbarkeit, was deutlich daraus hervorgeht, daß das Gesetz eine solche nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen anerkennt (s. HGB. § 16 Abs. 1, ZPO. § 895). Es spricht nichts dafür, daß hier etwa ebenfalls vom Gesetz eine Ausnahme gewollt ist (abw. Hochgürtel S. 19).

§ 5.

b) Klage auf negative Leistung.

Es liegt — namentlich gegenüber dem Wortlaut des § 739 ZPO. — nahe, als Gegenstand der zwischen dem Vollschuldgläubiger der Frau und dem Ehemann bestehenden schuldrechtlichen Beziehung eine privatrechtliche Pflicht gerade zur Duldung der Zwangsvollstreckung anzunehmen. Gegenstand der Obligation des Mannes wäre dann eine im materiellen Recht begründete negative Leistungspflicht im Sinne von § 241 Satz 2 BGB. Diese Ansicht wird denn auch vielfach vertreten, man kann sie als die herrschende bezeichnen.[1])

Die Ansicht tritt in mehrfacher Ausdrucksform zutage. Es wird nämlich entweder der Anspruch auf das Dulden selbst bezogen, dieses also zum unmittelbaren Anspruchsziel gemacht, oder es wird mehr die Pflicht zur Unterlassung des Widerspruchs betont. Vereinzelt wird auch die Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung einer umfassenderen Pflicht unter-

[1]) Walsmann S. 6ff.; Hochgürtel S. 20ff.; Hase im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 365ff.; Kleinfeller in ZZP. Bd. 30 S. 544; Kraus in BayZ. Bd. 3 S. 228/29; Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 334; Hörle S. 95; Mantey im Recht Bd. 9 S. 365; Lessing im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 21; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 22; Cosack (4) Bd. 2 § 297 II, 3a; Schink im Recht Bd. 5 S. 171; vgl. Weismann, Lehrb. § 134a S. 59ff.; Ullmann S. 219 N. 17; Gaupp-Stein (8/9) N. II, 6; OLG. Dresden, OLG. Bd. 11 S. 98; RG. Bd. 59 S. 234; KG. und OLG. Bd. 19 S. 73.

geordnet, nämlich der allgemeinen Pflicht des Mannes zur Duldung der Befriedigung der Gläubiger (s. unten § 9 I, 2).

Der leitende Gedanke dieser Anschauung läßt sich wie folgt charakterisieren:

Jede Inanspruchnahme des eingebrachten Gutes für Schulden der Frau ist auch stets ein Eingriff in das Recht des Mannes. Es liegt eine Kollision des dem Gläubiger nach § 1411 BGB. zustehenden Rechts mit den Rechten des Mannes vor. Es fragt sich, wie diese Kollision vom Gesetz gelöst wird, insbesondere welches Mittel dem Vollschuldgläubiger gewährt wird, um sein stärkeres Recht durchzusetzen. In Übereinstimmung mit den Anhängern der „Erfüllungstheorie (s. oben § 4 I) wird angenommen, daß das Gesetz dem Gläubiger zu diesem Zweck einen Anspruch gegen den Mann gibt. Dieser Anspruch kann sich nur auf das Bürgerliche Gesetzbuch gründen. Das ergibt sich auch daraus, daß für die Duldungsklage des § 748 ZPO. die materiellrechtliche Grundlage für die Verurteilung des Testamentsvollstreckers zur Duldung in der ausdrücklichen Bestimmung des § 2213 Abs. 3 BGB. zu finden ist. Deshalb liegt es nahe, auch für die Duldungsverurteilung nach §§ 737, 739 ZPO. die Grundlage im Bürgerlichen Gesetzbuche zu suchen. Da der § 739 ZPO. im Anschluß an § 1411 BGB. entstanden ist, wird die Grundlage der ehemännlichen Duldungspflicht in diesem Paragraphen zu finden sein: Das Gesetz (§ 1411) spricht nun von „verlangen können". Dieser Ausdruck ist Charakteristikum des Anspruchs im Sinne des BGB. (§ 194) Als Anspruchsgegner kann aber nur der Mann gemeint sein (vgl. dazu vor allem Walsmann S. 6; Hochgürtel S. 20/21; ganz abweichend Geib, Rechtsschutzbegehren S. 152). Es fragt sich dann aber noch, worauf dieser Anspruch seinem Inhalte nach gerichtet ist. Der Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 1411: „Befriedigung aus dem eingebrachten Gut") gibt darauf keine Antwort (arg. e contr.: §§ 1376 Ziff. 2, 1388, s. oben die Argumente gegen die Erfüllungstheorie § 4 I). Ein Hilfsmittel der Auslegung geben aber einmal die Materialien des Gesetzes (s. Mot. Bd. 4 S. 254/55: Die Bedeutung der Eigenschaft einer Verbindlichkeit der Frau als einer Ehegutsverbindlichkeit besteht dem

Manne gegenüber lediglich darin, daß er die Befriedigung der Ehegutsgläubiger zu dulden verpflichtet ist) und der Wortlaut des § 739. Da ja dieselbe Vorschrift mit etwas abweichender äußerlicher Form, jedoch mit sachlich völlig übereinstimmendem Inhalt bereits im 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten war und nur wegen des angeblich prozessualen Inhalts daraus verwiesen wurde, so liegt die darin zum Ausdruck gekommene Auffassung wohl auch dem Bürgerlichen Gesetzbuche zugrunde.

Mithin: der Anspruch, der den Vollschuldgläubigern der Ehefrau nach § 1411 BGB. zusteht, ist darauf gerichtet, daß der Mann eine Befriedigung aus dem eingebrachten Gute dulde. Es ist also ein echter Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nämlich im Sinne des § 241 Satz 2, denn zu den dort genannten Ansprüchen auf Unterlassen sind auch die Ansprüche auf Dulden zu rechnen, da das Dulden nichts anderes ist als das Unterlassen eines Widerspruchs gegen eine fremde Handlung, die ohne die Existenz der Duldungspflicht rechtswidrig wäre.[2])

Die vorstehend entwickelte Ansicht entspricht auch dem Standpunkt des Verfassers der vorliegenden Arbeit. Die weitere Begründung ihrer Richtigkeit — in Form der Zurückweisung der gegen sie geltend gemachten Einwendungen — erfolgt unten im § 8 (Stellungnahme).

§ 6.

2. Die Duldungsklage als Feststellungsklage.

Während die Anhänger der „Leistungstheorie“ (s. oben §§ 4 u. 5) davon ausgehen, daß zwischen dem Vollschuldgläubiger und dem Mann direkte obligatorische Beziehungen in Anspruchsgestalt bestehen, lehnen die Anhänger der Feststellungstheorie

[2]) Langheineckeu § 13 II, 1 S. 255 (s. Literatur dort N. 2). Vgl. ferner Stephan, Die Unterlassungsklage S. 160, der auch die Duldungsklage ebenso behandeln will wie die anderen Unterlassungsklagen, allerdings gerade bei der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung eine Ausnahme macht, da er sie als eine reine Feststellungsklage bezeichnet.

das Vorhandensein eines solchen rechtlichen Verhältnisses als unnötig ab.[1])

Danach stellt die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut überhaupt keinen Eingriff in das Recht des Mannes dar, da dieses eben von Haus aus nicht so weit reicht, daß es mit dem Vollstreckungsrecht der Gläubiger in Kollision kommen könnte (Geib, Rechtsschutzbegehren S. 148). Unter Betonung der Worte „ohne Rücksicht auf" usw. (BGB. § 1411) sprechen sie von der relativen Nichtexistenz der ehemännlichen Rechte. Mithin bedarf es gar keines Titels gegen den Mann. Mit der Erklärung der Schutzlosigkeit der Rechte des Mannes ist nämlich auch das Hindernis des Besitzes und des daraus entspringenden Widerspruchsrechtes beseitigt, denn der Besitz ist gegenüber dem Rechte nur als etwas Akzidentielles anzusehen. Die Vorschrift des § 809 ZPO. wird im Falle des § 739 durchbrochen, da es sich hier um einen Dritten handelt, dessen Besitz urteilsmäßig für schutzlos erklärt ist. Allerdings gilt das Zurücktreten, die Nichtexistenz von Recht und Besitz des Mannes nur für die Vollschuldgläubiger der Frau. Da nun das Vollstreckungsorgan aber nicht wissen kann, ob die im Leistungsurteil gegen die Frau genannte Schuld eine Vollschuld ist, so ist eine dahingehende Feststellung unumgänglich. Sie wird angestrebt durch die Duldungsklage des § 739 ZPO. Gegenstand der Feststellung ist demnach: das Recht des klagenden Vollschuldgläubigers der Frau auf Befriedigung aus dem eingebrachten Gut geht den Rechten des Mannes vor. Im einzelnen gehen die Ansichten hinsichtlich des Gegenstandes der Feststellung übrigens noch vielfach auseinander.[2])

---

[1]) s. vor allem Geib im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 (Geib I) S. 317 bis 370, Bd. 97 (Geib II) S. 161—210, Rechtsschutzbegehren S. 145, 169; Planck (3), Komm. Bd. 4 S. 195/96 N. 9a II zu § 1411; Endemann (8./9. Aufl.) Bd. 2, 2 S. 282/83; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 47; Staudinger-Engelmann N. 7a Abs. 3 zu § 1411; Crome Bd. 4 § 575 V, 2 Anm. 86, § 579 II; Full, Diss. S. 37 ff.; Hoppe, Diss. S. 24; Jolly im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 473; Stephan, Die Unterlassungsklage S. 160; Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 339; Hoeniger in Justizd. Rdsch. S. 1 II.

[2]) Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 334 („Bestehen des privatrecht-

Gegen diese Feststellungstheorie sprechen nun vielerlei Bedenken.[3])

Schon der Ausgangspunkt erscheint verfehlt. Das ehemännliche Recht des Mannes kommt überall voll zur Geltung, die Frau kann ja z. B. nicht einmal Sachen zu Eigentum übertragen, die sie mit Zustimmung des Mannes verkauft hat. Da erscheint es sehr unwahrscheinlich, daß bei der Zwangsvollstreckung auf einmal das Recht des Mannes nicht so weit reichen sollte. Eine solche Bestimmung müßte doch auch wohl in den §§ 1373—1409 stehen („Verwaltung und Nutznießung"), nicht im § 1411 („Schuldhaftung").

Abgesehen ferner davon, daß die Theorie den Absichten des Gesetzgebers nicht entspricht (s. die Äußerung der Begründung der Novelle bei Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 8 S. 139) und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist (Geib Bd. 1 S. 329), widerspricht sie auch anderen gesetzlichen Bestimmungen. Wenn nämlich die Rechte des Mannes insoweit überhaupt nicht beständen, als die Vollschuldgläubiger daraus Befriedigung suchen, dann müßte die Frau ja auch imstande sein, die Verbindlichkeit ohne Zustimmung des Mannns zu erfüllen. Dem steht aber § 1395 BGB. entgegen, der unzweifelhaft auch für Vollschulden gilt. Da ferner die Feststellungsklage niemals imstande ist, einen Vollstreckungstitel zu verschaffen, die Verschaffung eines solchen aber offenbar der Zweck der Duldungsklage ist (vgl. oben § 4 III S. 19), so kann auch deshalb die Theorie der Feststellungsklage nicht zutreffen.[4])

Die Theorie versagt auch in den praktisch häufigen Fällen, daß der Mann im Besitz des eingebrachten Gutes ist. Es bleibt dann unklar, woher der Gläubiger die Befugnis erlangen soll, in die Machtsphäre des Mannes einzutreten. Die Nichtexistenz

---

lichen Anspruchs auf Dulden"); Hoppe S. 24 („Vollstreckbarkeit des Anspruchs der Frau dem Manne gegenüber").

[3]) s. Hein, Duldung S. 158 ff.; Hochgürtel S. 12/13, 20; Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 330 f.; Hoppe S. 20/21; Magnus S. 34 f.

[4]) Hoppe S. 24 nimmt trotzdem an, daß der Mann Vollstreckungsschuldner ist. Vgl. auch Planck a. a. O.

der Rechte des Mannes gibt ihm keine Befugnis, dem Mann eine von ihm besessene Sache wegzunehmen. Der Besitz und seine Folgen können dadurch nicht weggeräumt werden (ZPO. § 809), der Besitz als tatsächliches Verhältnis bleibt bestehen, auch wenn ein richterliches Urteil ihn des Rechtsschutzes nicht für teilhaftig erklärt. Es müßten denn schon der § 1411 BGB. und der § 739 ZPO. eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 809 enthalten, was aber nach der systematischen Stellung beider Bestimmungen als ausgeschlossen gelten muß. Die Zivilprozeßordnung stellt ja ganz klar den Rechtssatz auf: die Person, bei der gepfändet wird, ist entweder Vollstreckungsschuldner (ZPO. § 750), dann kann gegen ihren Willen gepfändet werden, oder sie ist nicht Vollstreckungsschuldner, sondern Dritter, dann muß sie zur Herausgabe freiwillig bereit sein. Einen Mittelweg gibt es nicht, und für eine Durchbrechung dieser Grundsätze im Falle des § 739 liegt keine Veranlassung vor. Der Besitz des Mannes kann deshalb — abgesehen von dem umständlichen Wege der Anspruchspfändung, Überweisung und Ausklagung — nur dadurch vollstreckungsrechtlich beseitigt werden, daß ein Titel gegen den Mann beschafft wird, wodurch dieser gemäß § 750 ZPO. Vollstreckungsschuldner wird und aufhört, Dritter zu sein nach § 809 ZPO. Einen solchen Titel kann aber das Feststellungsurteil unter keinen Umständen gewähren.[5])

Zur Feststellungstheorie sind übrigens auch zu verzeichnen die Ansichten von Du Chesne im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 1—8 und Jolly im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 433 ff., 441. Die Ansicht von Du Chesne, die er selbst in ihren Konsequenzen für praktisch unbrauchbar erkennt, läuft darauf hinaus, daß das Duldungsurteil gleichsam eine in Urteilsform erfolgende Erweiterung der Vollstreckbarkeit des gegen die Frau erstrittenen Urteils sei (ähnlich übrigens auch Hoppe S. 28). Jolly S. 445, 447 nimmt eine

[5]) Das wird von Geib Bd. 2 S. 161—163, Rechtsschutzbegehren S. 148, 149 jetzt zugegeben (früher Geib Bd. 1 S. 317 abw.). Er hilft sich jetzt damit, daß er einen Titel auch dann nicht für erforderlich erklärt, wenn der Mann im Besitz des eingebrachten Gutes sei (s. auch Geib, Rechtsschutzbegehren S. 148). Dagegen in überzeugender Ausführung Walsmann S. 17; Hoppe S. 21/22; Weinhagen S. 40.

Feststellungsklage an, wenn die Frau im Besitz des eingebrachten Gutes ist, dagegen eine Leistungsklage, wenn der Mann die Sachen im Gewahrsam hat. Er übersieht, daß die juristische Natur einer Klage im Einzelfalle unmöglich abhängig sein kann von dem Vorliegen eines zufälligen, dem Kläger vielleicht ganz unbekannten Umstandes. Jolly nimmt übrigens auch eine Duldungspflicht an, die er aber aus ZPO. § 739 ableitet.[6])

§ 7.

3. Die Duldungsklage als Rechtsgestaltungsklage.

Vereinzelt wird die Duldungsklage auch zur Rechtsgestaltungsklage gestempelt. Diese Theorie geht in Übereinstimmung mit der Leistungstheorie (s. oben §§ 4, 5) davon aus, daß die Vollstreckung in das eingebrachte Gut stets gegenüber dem Manne ein Eingriff in seine Rechte bedeutet. Während aber nach der Feststellungstheorie das Nichtbestehen seiner Rechte festgestellt wird, werden sie nach dieser Theorie erst durch das konstitutive Urteil beseitigt.

Das BGB. § 1411 gibt dem Gläubiger ein Gestaltungsrecht, nämlich die Befugnis, die ehemännlichen Rechte einschließlich des aus dem Besitz entspringenden Widerspruchsrechts auszuschließen. Mit der Rechtskraft des Urteils, das der Klage des Gläubigers gegen den Mann stattgibt, ist der Anspruch des Gläubigers dem Mann gegenüber verwirklicht, d. h. das Verwaltungsrecht des Mannes ist, insoweit es der Befriedigung des Gläubigers entgegensteht, aufgehoben. Durch den Zusatz „insoweit usw." unterscheidet sich diese Klage von der der Frau im § 1418 BGB. gegebenen Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes. Die rechtliche Natur beider Klagen ist jedoch dieselbe. Die Klage des § 739 ZPO. bezweckt also eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes.[1])

[6]) vgl. gegen Du Chesne Hochgürtel S. 14/15; Walsmann S. 14; gegen Jolly Walsmann S. 10/13; Hein S. 166/167; Weinhagen S. 41.

[1]) Vor allem Landau im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99 S. 457/466; Bunsen in ZZP. Bd. 37 S. 112: Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wird durch das Duldungsurteil unmittelbar beseitigt; LG. Köln, Naumburg, AK. 1904 S. 75; Diedrich, Diss. (es handelt sich um Beseitigung des Widerspruchsrechts).

Landau (S. 458) geht von dem Fall aus, daß die Frau mit Einwilligung des Mannes ein sie zu einer Verfügung verpflichtendes Rechtsgeschäft eingegangen ist, und daß der Mann seine nach § 1395 BGB. erforderliche Zustimmung zur Verfügung verweigert. In einem solchen Falle wäre der Mann durch seine Zustimmung zum obligatorischen Rechtsgeschäft nicht auch zur Abgabe der Zustimmung zur Verfügung verpflichtet. Andererseits kommt aber eine Verurteilung des Mannes nach § 739 ZPO. zur Duldung der Zwangsvollstreckung nicht in Frage, weil bei freiwilliger Verfügung der Frau eine Zwangsvollstreckung überhaupt nicht vorliegt und bei zwangsweisem Vorgehen gegen die Frau nach § 894 ZPO. zwar eine Zwangsvollstreckung im weiteren Sinne vorkommt, der Mann aber gar nicht imstande ist, diese Zwangsvollstreckung zu hindern. Er meint daher, daß für diesen praktischen Fall die anderen Theorien versagten, und kommt deshalb zu seiner Theorie, die allein erkläre, warum die Verurteilung des Mannes nach § 739 ZPO. seine Zustimmung zur Verfügung, durch die die Frau ihre Gläubiger befriedige, entbehrlich mache, da ja nach Beseitigung der Rechte des Mannes der § 1395 BGB. keine Anwendung finden könne.

Es ist zuzugeben, daß dieser Fall gewisse Schwierigkeiten macht, auch für die hier vertretene Theorie. Vom Standpunkte der Duldungstheorie aus wird aber die Schwierigkeit dadurch gelöst, daß der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nur als eine Erscheinungsform des umfassenderen Anspruchs auf Duldung der Befriedigung angesehen wird. Es kann in diesem Falle nur auf die Ausführungen unten § 9 I, 2 verwiesen werden.

Gegen die Theorie vom Rechtsgestaltungsurteil bestehen aber noch weitere Bedenken: Abgesehen davon, daß die Lehre den Wortlaut des Gesetzes völlig preisgeben muß (so auch Landau S. 464 Anm. 15), kann sie deshalb nicht befriedigen, weil auch das konstitutive Urteil keinen Vollstreckungstitel gewährt und der Vollstreckungstitel aus theoretischen Erwägungen (s. oben § 4 III) und für den praktischen Fall des Gewahrsams des Mannes an dem eingebrachten Gut (ZPO. § 809) keineswegs entbehrt werden kann. Das konstitutive Urteil hat ferner auch die Besonderheit, daß es für und gegen alle wirkt. Daß aber

das Nutznießungsrecht des Mannes schlechthin durch das Duldungsurteil beseitigt werden soll, wird nicht behauptet werden können. Eine ausnahmsweise Beschränkung der Wirkung des Urteils, etwa bloß auf die Anspruchsbefriedigung oder gar mit Wirksamkeit nur für einen bestimmten Anspruch eines bestimmten Gläubigers, findet im Gesetz keinerlei Stütze.[2])

§ 8.

II. Stellungnahme.

Gegenüber den mannigfachen widerstreitenden Theorien über die Rechtsnatur der Duldungsklage des § 739 verdient, wie bereits im § 5 am Schluß angedeutet, die Auffassung der Klage als einer Leistungsklage, und zwar einer Klage auf negatives Tun — Gegenstand der Leistungspflicht ist die privatrechtliche Pflicht des Mannes, die Zwangsvollstreckung zu dulden — den Vorzug. Allerdings vermag auch diese Theorie ebensowenig wie die anderen Ansichten aus dem im Eingang dieser Arbeit erwähnten Grunde alle Zweifel restlos zu lösen und auf alle Fragen eine völlig befriedigende Antwort zu geben. Aber sie läßt sich theoretisch am überzeugendsten verteidigen, führt auch, wie sich zeigen wird, zu den praktisch annehmbarsten Ergebnissen und kommt mithin einer befriedigenden Lösung am nächsten.

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung spricht einmal, daß der grundlegende Gedankengang, wie er oben § 5 dargestellt ist, logisch begründet erscheint und mit den gesetzlichen Bestimmungen am besten in Einklang zu bringen ist. Sodann lassen sich aber auch alle bisher dagegen vorgebrachten Argumente überzeugend widerlegen, wie nachstehend noch dargelegt sein mag.[1])

1. Man hat zunächst gegen die Konstruktion einer besonderen

---

[2]) Hinsichtlich der weiter entstehenden systematischen Schwierigkeiten vgl. vor allem Hein S. 163/64; gegen diese Theorie ferner Hochgürtel S. 16; Magnus S. 36/37.

[1]) vgl. Walsmann S. 7ff.; Hochgürtel S. 23/24; Hein S. 67ff.; Weinhagen S. 35ff.; Magnus S. 41ff.

privatrechtlichen Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung Bedenken erhoben mit der Begründung, daß es nur eine öffentlichrechtliche Pflicht dieser Art für einen jeden Staatsbürger gegenüber dem Staate als Inhaber der staatlichen Zwangsgewalt geben könne, und daß neben diesem staatlichen Zwangsrecht, das für den, in dessen Rechtskreis es eingreift, allerdings ein Duldenmüssen auslöse, für eine obligatorische Verpflichtung privatrechtlicher Natur weder Platz noch Bedürfnis sei. Man müßte dann auch — so wendet man ein — bei einer Klage aus einer persönlichen Verpflichtung mit demselben Recht von einer Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen reden (so Geib, Rechtsschutzbegehren S. 143).

Demgegenüber ist anzuerkennen, daß beide „Duldungspflichten" streng voneinander zu scheiden sind, und daß für die Regelfälle der Vollstreckung allerdings nur die in den Normen des Vollstreckungsrechtes begründete öffentlichrechtliche Pflicht besteht, die zwangsweise Durchführung der durch Urteil festgesetzten Leistungspflicht im Wege der Zwangsvollstreckung zu dulden. Für den Fall des regulären Geldanspruchs wäre es unmöglich, in dem verurteilenden Erkenntnis auch noch neben der als selbstverständliche Folge der Verurteilung sich ergebenden öffentlichrechtlichen Pflicht zur Duldung auch noch den Ausspruch einer besonderen privatrechtlichen Pflicht gleichen Inhalts zu sehen. Wo im Urteil der staatliche Leistungsbefehl („Zahle") enthalten ist, erscheint die Annahme einer privaten Duldungspflicht überflüssig und verkehrt. Beim Duldungsurteil des § 739 fehlt es aber gerade an einem solchen Befehl zur positiven Leistung. Es kommt nur die Anordnung einer Pflicht zu negativem Verhalten in Frage. Darauf beruht es gerade, daß in diesem Einzelfalle die Pflicht zur Unterwerfung ausdrücklich durch eine besondere Gesetzesbestimmung angeordnet ist, und zwar in der Form eines besonderen materiellrechtlichen, gegen den Mann gerichteten Anspruchs des Gläubigers auf Duldung der Vollstreckung. Daß ein solcher privatrechtlicher Anspruch auf Duldung auch dem geltenden Recht keineswegs fremd ist, ergibt sich deutlich aus BGB. § 2213 Abs. 3, wo unzweideutig von einem nur privatrechtlich gemeinten Duldungsanspruch die

Rede ist.[2]) Bei der Duldungsklage trifft dann allerdings insoweit, aber auch nur insoweit, die genannte privatrechtliche Verpflichtung des Mannes im Stadium der Zwangsvollstreckung mit der für jeden bestehenden Pflicht, sich der staatlichen Autorität zu fügen, zusammen.

2. Man hat ferner den Einwand erhoben, daß eine solche privatrechtliche Duldungspflicht nach ZPO. § 890, also durch Geld- und Haftstrafen für jeden Fall der Unterlassung, vollstreckt werden müsse.[3]) Das sei einmal ein unerwünschtes Ergebnis und verfehle ferner auch insofern seinen Zweck, als sich dann eben nur die besondere Zwangsvollstreckung des § 890 gegen den Mann richte, dagegen die wegen der Frauenverbindlichkeit in das eingebrachte Gut erfolgende Vollstreckung den Mann gar nicht als Vollstreckungsschuldner in Anspruch nähme. Dieser Zwangsvollstreckung gegenüber bleibt er Dritter und behalte also das Widerspruchsrecht des § 809 ZPO. und die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. Der Gläubiger könne ihn nur durch Drohung mit den Folgen des § 890 ZPO. von der Erhebung des Widerspruchs abhalten und ihn event. für die Erhebung bestrafen, den Widerspruch selbst aber nicht hindern.

Nun würde natürlich der Umstand, daß die Vollstreckung nach § 890 erfolgen müßte, keineswegs gegen die Annahme einer privatrechtlichen Duldungspflicht sprechen. Tatsächlich ist auch eine solche Vollstreckung theoretisch sehr wohl denkbar, wird jedoch wohl kaum praktisch werden. Zunächst würde ja eine Vollstreckung nach § 890 ZPO. nur bei der Pfändung beweglicher Sachen in Frage kommen, nicht bei den Vollstreckungen anderer Art. Soweit es sich aber um die Pfändung beweglicher Sachen handelt, steht nichts im Wege, dem Gerichtsvollzieher das Recht zu geben, auch auf Grund eines solchen bloßen Duldungsurteils die Gewahrsamssachen des Mannes direkt zu

[2]) Für die privatrechtliche Natur der Duldungsklage sprechen sich aus: Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 22; Hase im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 365; Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 334; Stein S. 54; Jolly S. 450; vgl. Siber S. 74—77; ganz abw. Geib, Rechtsschutzbegehren S. 141 ff.

[3]) Geib Bd. 1 S. 330, 370, Bd. 2 S. 174, 175; Langheineken S. 263 II, 1; Hellwig S. 352 Anm. 10; Hoppe S. 11.

pfänden: alle Formalvorschriften eines Leistungsurteils werden ja auch beim Duldungsurteile erfüllt. Auch das Duldungsurteil ist ein Urteil nach § 750 ZPO., das den darin Genannten zum Vollstreckungsschuldner macht.[4]) Sobald also ein vollstreckbares Urteil gegen den Ehemann vorliegt, wonach er verurteilt wird, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut zu dulden, ist er damit auch zum Vollstreckungsschuldner hinsichtlich jeder in das eingebrachte Gut gerichteten Vollstreckung geworden. Es besteht also hinsichtlich der Vollstreckung der privatrechtlichen Duldungspflicht des Mannes kein Bedürfnis zur Anwendung des § 890 ZPO. Daraus kann natürlich keineswegs geschlossen werden, daß eine solche Duldungsverpflichtung nicht besteht.[5])

3. Ein weiterer Einwand von Hellwig (§ 44 S. 318) und Langheineken (S. 263) ist der, daß eine solche Pflicht zur Duldung der Vollstreckung überhaupt erst entstehen könnte, nachdem die Frau zur Leistung verurteilt sei bezw. nachdem die Vollstreckung gegen die Frau begonnen habe, da ja der Mann vorher gar nicht in der Lage sei, die Vollstreckung zu dulden.

Abgesehen davon, daß es sehr wohl möglich wäre, daß der § 739 eine weitere Ausnahme (s. § 259 ZPO.) von dem Grundsatz enthielte, wonach die vor Anspruchsfälligkeit erhobene Klage unbegründet ist, etwa mit der Begründung, daß die Klage des § 739 den Zweck der Sicherung einer schnelleren Vollstreckung habe, läßt sich dem genannten Einwand leicht damit begegnen, daß der Duldungsanspruch aus unten (§§ 9 II, 13 IV) näher zu besprechenden Gründen immer zugleich mit dem Leistungsanspruch

[4]) Auch hier läßt sich übrigens der Gedanke der Akzessorietät — s. unten § 9 II, 3 — verwenden: Da die Vollstreckung der Leistungspflicht in der Wegnahme der Sache besteht, so muß das gleiche auch gelten von der akzessorischen Duldungspflicht.

[5]) Regelmäßig ist allerdings nur der ursprüngliche Anspruchsverpflichtende Vollstreckungsgegner. Besteht aber an dem Vermögen dieses Anspruchsverpflichteten das Recht eines Dritten und soll ohne Rücksicht auf dieses Recht des Dritten vollstreckt werden, so wird — und zwar auf dem Wege der Duldungspflicht und des Duldungsurteils nach § 739 ZPO. — auch dieser Dritte Vollstreckungsschuldner; s. Weismann Bd. 2 § 122 V S. 6; Dürr in BayZ. 1909 S. 466.

fällig wird und deshalb immer mit dem Leistungsanspruch zugleich geltend gemacht werden kann.

4. Schließlich ist auch der Einwand Landaus nicht stichhaltig, daß die Theorie von der Duldungspflicht dann versage, wenn die Frau zur Abgabe einer verfügenden Willenserklärung verpflichtet sei, wenn sie z. B. mit Zustimmung des Mannes eine Forderung verkauft habe und der Mann dann der Abtretung der Forderung nicht zustimmen wolle.

Die Duldungspflicht des Mannes muß nämlich in einem erweiterten Rahmen (s. unten § 9 I, 2, vgl. auch oben § 4 Anm. 8) dahin verstanden werden, daß der Mann jede Befriedigung der Gläubiger zu dulden verpflichtet ist, was im Falle freiwilliger Erfüllungsverfügung seitens der Frau gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 1395 nur in der Form der Zustimmung zur Erfüllungsverfügung der Frau möglich ist, während im Falle zwangsweiser Erfüllung durch Vollstreckung der Anspruch auf Duldung der Befriedigung als Anspruch auf Duldung eben der Vollstreckung in die Erscheinung tritt. Wenn also in dem obengenannten Fall die Frau die Abtretungserklärung ihrerseits freiwillig abgibt, so geht der Anspruch des Forderungskäufers gegen den Mann dahin, daß er die Abtretung der Forderung duldet, indem er ihr gemäß § 1395 BGB. zustimmt. Ist aber Klage gegen die Frau auf Abgabe der Abtretungserklärung erforderlich, dann muß auch gegen den Mann geklagt werden, und zwar mit der Duldungsklage des § 739 ZPO. Die Verurteilung des Mannes ist dann aus dem Grunde nicht belanglos, weil ohne sie die fiktive Abgabe der Abtretungserklärung seitens der Frau (§ 894 ZPO.) dem Mann gegenüber unwirksam ist, d. h. mit Wirkung dem Mann gegenüber die Forderung nicht in das Vermögen des Forderungskäufers übergeht (s. darüber unten §§ 9 I, 2, 12 II, 3c).

§ 9.

III. Folgerungen.

Es bleibt noch übrig, den Inhalt der privatrechtlichen Duldungspflicht — und damit auch des entsprechenden Duldungsanspruches des Gläubigers — näher zu charakterisieren (unten I),

das Verhältnis der Duldungspflicht zur entsprechenden Leistungspflicht klarzulegen (unten II) und schließlich daraus einige für die Lösung der praktischen Fragen wichtige Folgerungen zu ziehen (unten III).

I. Hinsichtlich des Inhalts der Duldungspflicht sei auf folgendes hingewiesen:

1. Der Inhalt der Duldungspflicht ist zunächst ein negativer: es wird dem Mann nur „Dulden" zugemutet, nicht eine positive Leistung irgendwelcher Art.[1]) Das bedeutet also:

a) Der Mann ist nicht verpflichtet zur Befriedigung der Frauengläubiger (s. oben § 4).

b) Er ist ebensowenig verpflichtet zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde nach ZPO. (§ 794 Abs. 2).[2])

c) Der Mann wird schließlich durch den Beginn der Rechtshängigkeit dem Gläubiger gegenüber auch nicht etwa zur Anwendung der nach Treu und Glauben im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in Ansehung der Gegenstände des eingebrachten Gutes verpflichtet (Walsmann S. 30; Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung S. 64).

2. Sodann ist der Duldungsanspruch des § 739 ZPO. in richtiger Erkenntnis seines Wesens — nach dem Vorgang von Walsmann S. 6ff.; Kleinfeller in ZZP. Bd. 30 S. 545;

---

[1]) Es ist also keineswegs richtig, daß die hier vertretene Ansicht zur Annahme eines dem Gläubiger zustehenden Wegnahmerechts führt (so Weinhagen S. 22 N. 22).

[2]) Diese Frage ist sehr bestritten. Sie wird verschieden beantwortet, je nach der theoretischen Stellungnahme der Verfasser, jedoch nicht immer mit entsprechender Konsequenz. Wie oben Seuffert (11) N. 2bβ zu § 739, N. 8 zu § 794; Langheineken S. 270; Jolly S. 452; Du Chesne S. 2; Walsmann S. 32; Petersen-Anger (5) N. 6 zu § 739; Schink im Recht Bd. 5 S. 171; Linsmayer in ZZP. Bd. 33 S. 36; dagegen Aronius in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 264; Hörle S. 84; Stobbe in DJZ. Bd. 7 S. 98; Ullmann S. 218, 219; OLG. Bd. 2 S. 295, Bd. 5 S. 398. Dabei ist im einzelnen wieder vieles streitig, z. B. auf wessen Kosten die Urkunde auszustellen ist, ob nur auf Aufforderung der Gläubiger, nur auf Anerkennung der Schuld seitens der Frau, nur im Falle des Verzuges oder der Verurteilung der Frau, nur bei Vorhandensein von eingebrachtem Gut, ob ein Klagrecht darauf besteht usw. — Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf diese Fragen.

Aronius S. 262; im Ergebnis ähnlich Pagenstecher S. 38, 334 — als eine Erscheinungsform des allgemeinen Anspruchs der Gläubiger auf Duldung der Befriedigung durch die Frau anzusehen. Der Mann erfüllt diesen allgemeinen Anspruch, indem er bei freiwilliger Befriedigungsverfügung durch die Frau die zu ihrer Wirksamkeit erforderliche (§ 1395 BGB.) Zustimmungserklärung abgibt oder indem er die aus dem Rechte der Frau abgeleitete zwangsweise Verfügung duldet. Es könnte auf den ersten Blick inkonsequent erscheinen (s. § 4 Anm. 8), in dem allgemeinen Anspruch der Gläubiger auf Duldung der Befriedigung vor Verurteilung der Frau einen Anspruch auf Zustimmung zur freiwilligen Verfügung zu erblicken, nach Verurteilung der Frau aber den Anspruch auf Duldung der Vollstreckung, in den sich der allgemeine Anspruch auf Duldung der Befriedigung dann verwandelt, als Anspruch auf Duldung, nicht als Anspruch auf Zustimmung zur zwangsweisen Verfügung zu bezeichnen. Das erklärt sich jedoch daraus, daß bei freiwilliger Verfügung die Zustimmung des Mannes unentbehrlich ist, bei einer Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung aber eine Zustimmung des Mannes gar nicht in Frage kommt und völlig irrelevant ist, da die zivilrechtlichen Regeln über die Zustimmung Nichtberechtigter auf die Verhältnisse des Vollstreckungsrechts in keiner Weise anwendbar sind. Zu beachten ist auch hinsichtlich dieser „Umwandlung" des Anspruchs gegen den Mann, daß doch auch der Anspruch gegen die Frau durch die Verurteilung und die Vollstreckung ein anderer wird.

Die vorstehende Konstruktion bietet eine durchaus befriedigende Lösung solcher Schwierigkeiten, insbesondere auch für den oben (§ 7) erwähnten, praktisch häufig vorkommenden Fall, daß die dem Mann gegenüber wirksame Verpflichtung der Frau eine Verfügung betrifft und der Mann seine dazu erforderliche Zustimmung nicht abgibt. In diesem Fall ist mit einem Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nicht auszukommen; denn soweit eine Vollstreckung gegen die Frau überhaupt nicht vorliegt, ist für einen Anspruch gegen den Mann auf Duldung der Vollstreckung natürlich kein Raum, und

soweit nur eine fiktive Vollstreckungswirkung nach § 894 ZPO. in Frage kommt, wäre der Mann gar nicht in der Lage, diese Vollstreckung zu hindern. Diese Schwierigkeit läßt sich nicht dadurch lösen, daß man sagt: „Wenn der Mann der Verpflichtungsübernahme zustimmt, so erwirbt damit der Gläubiger ein Recht auf Zustimmung zu der Verfügung".[3]) Dagegen wird die Konstruktion eines allgemeinen Anspruchs auf Duldung der Befriedigung, der sich bei einem zwangsweisen Vorgehen gegen die Frau äußert als Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstrekung, allen praktisch möglichen Fällen gerecht, wie die nachstehende Übersicht zeigt:

a) Die Frau ist zu einer verfügenden Willenserklärung verpflichtet, z. B. zur Abtretung einer Forderung: wenn dann die Frau diese Erklärung freiwillig abgibt, wird der Mann auf Erteilung der Zustimmung zu dieser Verfügung verklagt (Vollstreckungswirkung nach § 894 ZPO.). Gibt die Frau die Erklärung nicht gutwillig ab, so wird sie auf Abgabe der Erklärung mit fiktiver Vollstreckungswirkung nach § 894 ZPO. verklagt. Gegen den Mann ist Klage auf Duldung dieser Vollstreckung zu erheben (s. unten § 12 II, 3c).

b) Die Frau ist außer zu einer verfügenden Willenserklärung zu einer tatsächlichen Verfügung verpflichtet, z. B. bei Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache: wenn die Frau zu beiden Verfügungen bereit und zur tatsächlichen Verfügung durch Herausgabe der in ihrem Besitz befindlichen Sachen imstande ist, so wird der Mann auf Zustimmung zu diesen Verfügungen verklagt (Vollstreckungswirkung: § 894 ZPO.). Ist die Frau zu beiden Verfügungen bereit, aber zur tatsächlichen Ver-

---

[3]) So argumentiert Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 224 N. 3; dagegen mit Recht Landau a. a. O. Ähnlich wie Danz Endemann § 177 S. 366: Wenn die Frau im Besitz ist, kann sie zur Erfüllung eines konsentierten Rechtsgeschäfts verfügen, ohne daß § 1395 BGB. im Wege steht. Vgl. Pagenstecher in ZZP. Bd. 38 S. 334. Langheineken (S. 271) nimmt, um die Schwierigkeit zu lösen, an, daß für diesen bestimmten Fall eine Verpflichtung des Mannes zur Abgabe der Zustimmungserklärung anzunehmen sei, daß mithin hier eine singuläre Ausnahme von dem Satz bestehe, dann die Schulden des Mannes mit denjenigen der Frau inhaltlich übereinstimmen. Eine Begründung für diese Ausnahme ist nicht ersichtlich.

fügung wegen Mangels tatsächlicher Verfügungsmacht nicht imstande, dann kommt die Frau mit der Erfüllung dieser ihrer Verpflichtung in Verzug, es muß also gegen sie auf Erfüllung der tatsächlichen Verfügung geklagt werden. Gegen den Mann ist dann die gewöhnliche Klage des § 739 erforderlich. Die Verpflichtung zur Abgabe der verfügenden Willenserklärung (Einigung) kann die Frau dagegen auch in diesem Falle ohne weiteres erfüllen. In dieser Beziehung bedarf es also nur der Verurteilung des Mannes zur Abgabe der Zustimmungserklärung. Ist die Frau zu beiden Verfügungen nicht bereit, dann muß gegen sie sowohl auf Abgabe der Erklärung mit demnächstiger Vollstreckungswirkung nach § 894 ZPO. als auch auf Erfüllung der tatsächlichen Verfügung geklagt werden. Gegen den Mann ist nach beiden Richtungen die Duldungsklage erforderlich.

Mithin: wenn die Frau zur Erfüllung einer Verfügungsverpflichtung bereit und imstande ist, also eine Vollstreckung gegen sie nicht in Frage kommt, so kann der vollstreckende Ehemann, wenn nicht etwa der Weg des § 1379 BGB. gewählt wird, einfach auf Abgabe der Zustimmungserklärung zur Befriedigungsverfügung der Frau verklagt werden mit der eigenartigen Vollstreckungswirkung des § 894 ZPO. Wenn dagegen gegen die Frau zwangsweise vorgegangen wird, nämlich mittels Klage und Vollstreckung, dann muß gegen den Mann Klage auf Duldung dieser Vollstreckung gemäß § 739 ZPO. erhoben werden.

3. Die vorstehend charakterisierte, im materiellen Recht begründete Duldungspflicht des Mannes ist hinsichtlich der Vollstreckung ins eingebrachte Gut der Frau keineswegs zu verwechseln mit der auf dem öffentlichen Recht beruhenden Verpflichtung eines jeden Staatsbürgers, die zwangsweise Durchführung einer durch Urteil festgestellten Leistungspflicht im Wege der Zwangsvollstreckung zu dulden (s. oben § 8 Ziff. 1); denn einmal entsteht die hier genannte materielle Duldungspflicht des Mannes bereits zugleich mit der entsprechenden Leistungspflicht der Frau, d. h. schon dann, wenn von einer Vollstreckung noch gar keine Rede ist, während die allgemeine öffentlichrechtliche Duldungspflicht des Vollstreckungsschuldners erst ent-

stehen kann, wenn ein Vollstreckungstitel vorliegt bezw. eine Vollstreckung beginnt. Sodann ist zu beachten, daß die erstgenannte materielle Duldungspflicht nicht ohne weiteres zwangsweise durchgeführt werden kann, sondern sie muß erst wie jede andere Leistungspflicht durch ein Urteil festgestellt sein, d. h. der Gläubiger bedarf, wenn er den Mann im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund der hier genannten materiellen Duldungspflicht zur Duldung tatsächlich zwingen will, eines auf diese Duldungspflicht bezüglichen Schuldtitels. Erst wenn ein solcher Schuldtitel vorhanden ist, wie er im Wege des § 739 ZPO. zu erreichen ist, erfährt die genannte materiellrechtliche Duldungspflicht insofern eine Erweiterung, als neben sie und zu ihrer Durchsetzung die auf öffentlichrechtlichen Grundsätzen beruhende Verpflichtung tritt, sich der Exekution zu fügen. Erst dann wird der Mann zum Vollstreckungsschuldner hinsichtlich der Vollstreckung, die er zu dulden verpflichtet ist, nämlich der Vollstreckung der Frauengläubiger ins eingebrachte Gut, und zwar in dem Sinne, daß er dann allen im 8. Buch der Zivilprozeßordnung getroffenen Bestimmungen unterworfen ist (s. dazu vor allem Hase im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 365, 375).

4. Es wäre zu eng, als Inhalt der Duldungspflicht nur die Pflicht zur Unterlassung eines Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung anzunehmen.[4]) Man hat mit Recht dagegen eingewendet (Hein, Duldung S. 68/69), daß die Konstituierung einer bloßen Pflicht zur Unterlassung eines Widerspruchs den Eingriff der Frauengläubiger in den Besitz des Mannes nicht rechtfertigen würde, da die staatliche Zwangsgewalt durch eine privatrechtliche Obligation zur Unterlassung eines Widerspruchs nicht erweitert werden könne. Der Mann würde immer noch mit Erfolg einen Widerspruch nach §§ 809 u. 771 ZPO. erheben können, er würde sich nur schadensersatzpflichtig machen wegen Verletzung seiner obligatorischen Pflicht zur Nichterhebung dieses Widersprnchs. Die Duldungsklage wäre also bedeutungslos, da

---

[4]) So Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 17, 21; Bolze in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 764 ff.; Hase im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 364 ff.; vgl. Stephan a. a. O. S. 160.

das Vollstreckungsorgan trotz des Urteils die formell unzulässige Vollstreckung unterlassen müßte.

II. Hinsichtlich des Verhältnisses des Duldungsanspruchs zum Leistungsanspruch ist davon auszugehen (s. Walsmann S. 21; Hochgürtel S. 25; Roth S. 22; Hase S. 336), daß der Duldungsanspruch eine doppelte Voraussetzung hat:

1. Es muß einmal eine Verpflichtung der Frau begründet sein, und

2. das eingebrachte Gut muß dem Mann gegenüber für die Schulden der Frau haften.

Da nun die Voraussetzung zu 1 auch für den Leistungsanspruch gilt, so ist damit schon gesagt, daß der Duldungsanspruch von dem Bestehen des Leistungsanspruchs abhängig ist: es muß eine Forderung gegen die Frau, deren Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verlangt werden kann, zur Existenz gelangt sein, bevor von einem Duldungsanspruch gesprochen werden kann. Diese Abhängigkeit des Duldungsanspruchs vom Leistungsanspruch tritt nun aber nicht nur bei der Entstehung, sondern auch bei dem späteren Dasein des Duldungsanspruchs entscheidend hervor.

Ist die Frauenforderung nur eine Naturalobligation, dann kann auch dem Gläubiger kein klagbarer Anspruch gegen den Mann zugesprochen werden. Die Fälligkeit des Duldungsanspruchs hängt ferner von der Fälligkeit des Anspruchs gegen die Frau ab (s. darüber noch unten § 13 IV). Eine selbständige Übertragung des Rechts auf Duldung ohne Abtretung der Forderung gegen die Frau ist nicht möglich. Mit dem Übergang der Frauenforderung auf einen anderen Gläubiger geht auch der Anspruch gegen den Mann ohne weiteres über. Ist der Anspruch gegen die Frau öffentlicher Natur, also im Prozeß der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entzogen, dann gehört auch der Anspruch gegen den Mann zum öffentlichen Recht.[5]) Mit der Erlöschung der Forderung gegen die Frau erlischt schließlich auch der Anspruch gegen den Mann.

[5]) Das wird übersehen vom OLG. München in Seufferts Bl. Bd. 69 S. 351ff.

Es besteht also eine weitgehende Abhängigkeit des Duldungsanspruchs vom Leistungsanspruch, die sich aber nicht nur hinsichtlich der Entstehung und während des Daseins des Duldungsanspruchs äußert, sondern vor allem auch noch in der Zweckbestimmung des Duldungsanspruchs: der Duldungsanspruch gegen den Mann hat ja den Zweck, dem Gläubiger die zwangsweise Durchführung eines anderen Anspruchs, nämlich des Leistungsanspruchs gegen die Frau, zu ermöglichen. Er soll insbesondere die prozeßrechtlichen Folgen des dem Ehemann aus dem eingebrachten Gut zustehenden Besitzes in bezug auf die Zwangsvollstreckung aus dem eingebrachten Gut beseitigen (s. oben § 3).

III. Diese Abhängigkeit des Duldungsanspruchs vom Leistungsanspruch nach Entstehung, Dasein und Zweck berechtigt dazu, von der Akzessorietät des Duldungsanspruchs zum Leistungsanspruch, von der Abhängigkeitsnatur des Duldungsanspruchs zu sprechen (vgl. Hase S. 366; Walsmann S. 22, 25; Hochgürtel S. 38).

Allerdings darf dieser Grundsatz von der akzessorischen Natur des Duldungsanspruchs nicht so weit führen, dem Duldungsanspruch jegliche Selbständigkeit zu nehmen. Er ist kein bloßes „Appendix" der Frauenschuld. Es ist z. B. ein selbständiger Erlöschungsgrund der Duldungspflicht bei weiterem Bestehen der Leistungspflicht denkbar, nämlich bei Auflösung der Ehe oder Aufhören des gesetzlichen Güterstandes.

Dieser Grundsatz von der Akzessorietät der Ansprüche läßt sich aber auch noch erweitern:

Wie der Duldungsanspruch im Verhältnis der Akzessorietät zum Leistungsanspruch steht, so kann man dasselbe auch von dem Verhältnis der Duldungsklage zur Leistungsklage sagen (Grundsatz von der Akzessorietät der Klagen, s. darüber unten § 10 II).

Diese beiden Grundsätze sind, wie vielfach im Laufe der folgenden Untersuchung hervortreten wird, von weitreichender Bedeutung bei der Lösung mancher der auftauchenden Streitfragen in der Praxis des Duldungsprozesses und der Duldungsvollstreckung.

IV. Schließlich sei als Richtschnur für die folgenden Betrachtungen auf den für das Prozeßrecht allgemein geltenden und auch vom Reichsgericht uneingeschränkt anerkannten (Bd. 70 S. 292) Grundsatz hingewiesen:

„Die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung sind im großen und ganzen technische Zweckmäßigkeitsvorschriften, darauf berechnet, den Rechtsstreit in angemessener Weise zu erledigen und dem materiellen Recht, soweit möglich, zum Siege zu verhelfen. Bei ihrer Auslegung darf daher nicht am Wortlaut gehaftet werden, sondern es ist der gesetzgeberischen Idee nachzugehen".

Zweiter Teil.

Der Duldungsprozeß nach § 739 ZPO.

A. Das Verhältnis des Duldungsprozesses zum Leistungsprozeß.

§ 10.

I. Das Verhältnis der Klagen zueinander.

I. Der § 739 ZPO. setzt seinem Wortlaut nach voraus, daß im Falle einer Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut einer in einem der dort genannten Güterstände lebenden Ehefrau zwei Klagen, eine Leistungsklage und eine Duldungsklage, erforderlich sind. Dieser Fall wird auch der regelmäßige sein. Es ist jedoch denkbar, daß in einzelnen Fällen auch eine von diesen beiden Klagen allein genügt:

1. Es ist möglich, daß nur die Ehefrau ohne den Mann verklagt wird, wenn z. B. der Mann formgerecht (ZPO. § 794 Abs. 2) sich einer Vollstreckung in das eingebrachte Gut unterworfen hat,[1]) oder wenn, was häufig vorkommen wird, der

[1]) Daß das im § 739 ZPO. vorgeschriebene Duldungsurteil durch eine vollstreckbare Urkunde ersetzt werden kann, ist im § 794 Abs. 2 ausdrücklich anerkannt. Hinsichtlich sonstiger Ersatzmittel des Duldungsurteils s. unten § 20 I, 3.

Gläubiger von der Erwartung ausgeht, der Ehemann werde einer Vollstreckung in das eingebrachte Gut nach Verurteilung der Frau keinen Widerstand entgegensetzen. Soweit es sich um Vollstreckung in körperliche Sachen handelt, ist ja nach § 809 ZPO. die Vollstreckung versuchsweise auch ohne einen Duldungstitel möglich.

2. Ebenso ist der umgekehrte Fall denkbar, daß der Gläubiger nur den ihm gegen den Mann zustehenden Duldungsanspruch im Wege der Klage geltend macht, wenn nämlich eine Vollstreckung gegen die Frau nicht in Frage kommt (s. oben § 9 I, 2) oder gegen die Frau bereits ein Titel anderer Art vorliegt.[2])

Fraglich kann allerdings sein, ob ein bloßer Duldungstitel in allen Fällen auch dann genügt, wenn die Ehefrau ihren Verpflichtungen in einer dem Gläubiger genügend erscheinenden Weise, wenn auch vielleicht nur formlos, anerkannt hat und zur Erfüllung bereit ist, während der Ehemann seine Duldung hartnäckig verweigert (das nimmt anscheinend an Langheineken S. 270 § 14). Nach den Ausführungen oben § 9 I, 2 wird das jedoch nur für den Fall anzuerkennen sein, daß die Frau zur Erfüllung ihrer Verpflichtung nicht nur bereit, sondern auch, abgesehen von dem Erfordernis des § 1395 BGB., imstande ist. Dann ist eine Klage gegen den Mann allein ausreichend. In anderen Fällen, insbesondere bei Fehlen der tatsächlichen Verfügungsmacht, ist die Befriedigung des Gläubigers nur möglich im Wege der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut. Da sich eine solche auch gegen die Ehefrau als Eigentümerin des eingebrachten Gutes richtet, ist außer dem Duldungstitel gegen den Mann auch ein Vollstreckungstitel gegen sie erforderlich, obgleich sie bereit ist, den Gläubiger freiwillig zu befriedigen.[3])

[2]) Als Ersatz des Leistungstitels gegen die Frau (§ 739 ZPO.) werden alle anderen Titel in Frage kommen.

[3]) Man kann dagegen nicht etwa einwenden: Da im Duldungsprozeß auch das Bestehen der Frauenverbindlichkeit festgestellt werden muß, erübrigt sich in einem solchen Falle, wo die Frau freiwillig leisten will, die Leistungsklage, denn abgesehen davon, daß man mit einer solchen Argumentation die Notwendigkeit der Leistungsklage neben der Duldungsklage überhaupt verneinen könnte, ist daran festzuhalten, daß eine Zwangsvollstreckung eben auch einen Titel gegen die Frau erfordert.

Wenn sich dann allerdings der Gläubiger den gegen die Frau unentbehrlichen Titel im Wege der Klage zu gewinnen sucht, wird er sich häufig der Gefahr aussetzen, gemäß ZPO. § 93 die Kosten des Prozesses auferlegt zu erhalten, da ja die Ehefrau durch ihr Verhalten zur Klagerhebung keine Veranlassung gegeben hat, jedenfalls wohl in ihrer mangelnden tatsächlichen Verfügungsmacht eine solche nicht gesehen werden kann (s. darüber noch unten § 19 III.) Man wird sich aber häufig damit helfen können, daß die Ehefrau dem Gläubiger in einem solchen Fall eine Urkunde nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO. ausstellt.[4])

Am einfachsten wird jedoch die Lösung dadurch erreicht, daß in einem solchen Falle die Frau die ihr zustehenden Herausgabeansprüche hinsichtlich des eingebrachten Gutes an den Gläubiger abtritt und die Gläubiger sich dann aus den so erlangten Sachen befriedigen. Nun hat allerdings die Ehefrau während des Bestehens der Ehe regelmäßig keine solchen Herausgabeansprüche, vielmehr erst nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung gemäß § 1421 BGB. Gegenüber dieser Schwiergkeit kann aber eine Analogie aus BGB. §§ 1377 Abs. 3, 1411 Abs. 2 zum Ziele führen: Wie nämlich die Frau einen Anspruch auf Ersatz bereits veräußerter und verbrauchter Sachen gegen den Ehemann gemäß § 1377 Abs. 3 Satz 2 BGB. erst nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung hat, während die Gläubiger nach Abtretung oder Überweisung des Anspruchs der Frau sofortigen Ersatz verlangen können (arg. § 1411 Abs. 2), so wird man dem Gläubiger die Möglichkeit zugestehen müssen, Herausgabeansprüche der Frau, wenn diese an sie zum Zwecke der Befriedigung einer das eingebrachte Gut belastenden Frauenverbindlichkeit abgetreten sind, auch schon vor Beendigung der ehemännlichen Rechte geltend zu machen.[5]) Allerdings liegt

---

[4]) Hier entsteht dann allerdings wieder die Schwierigkeit, wer die Kosten einer solchen Urkunde tragen soll. Da man in einem solchen Fall die Ehefrau für zur Ausstellung der Urkunde verpflichtet kaum ansehen kann, so wird nichts anderes übrigbleiben, als daß der Gläubiger die Kosten tragen muß.

[5]) Weniger überzeugend wäre die Analogie nach §§ 1394, 1411 Abs. 1 Satz 2, da es sich hier um während des Güterstandes bereits bestehende

dann, wenn die Gläubiger auf Grund des abgetretenen Anspruchs auf Herausgabe gegen den Mann vorgehen, formell keine Duldungsklage, sondern eine reine Klage auf Herausgabe vor. Es müssen jedoch in dem Herausgabeprozeß dieselben Voraussetzungen, die der Duldungspflicht und demgemäß der Duldungsklage zugrunde liegen, nämlich das Bestehen der Frauenverbindlichkeit und die Haftung des eingebrachten Gutes, auch in diesem Prozeß geltend gemacht und nachgewiesen werden; denn man wird den Gläubigern einen vor Beendigung der ehemännlichen Rechte fälligen Anspruch auf Herausgabe von Sachen des eingebrachten Gutes gegen den Mann auf Grund einer Abtretung seitens der Frau nur dann zugestehen können, wenn einmal die Frau zu einer Leistung gegenüber den Gläubigern verpflichtet ist und andererseits das eingebrachte Gut auch für diese Verbindlichkeit haftet. Dabei kann die Anerkennung der Frau hinsichtlich des Bestehens ihrer Verbindlichkeit — ein solches Anerkenntnis wird ja schon in der Abtretung der Herausgabeansprüche zu sehen sein — nicht den Beweis des tatsächlichen Bestehens der Frauenschuld ersetzen, sondern höchstens als Indiz angeführt und benutzt werden können. Der schließlich erlangte Titel lautet allerdings, abweichend von der Duldungsklage, auf Herausgabe von Sachen des eingebrachten Gutes (s. Jolly S. 455; vgl. auch Langheineken S. 270).

Abgesehen von den vorstehend erörterten Ausnahmefällen wird jedoch regelmäßig die Leistungsklage und die Duldungsklage erhoben werden. Es fragt sich dann, in welchem Verhältnis in diesem Fall die beiden Klagen zueinander stehen, und zwar einmal in allgemein rechtlicher Beziehung (unten II) und sodann hinsichtlich des Zeitpunktes der Erhebung (unten III).

II. Wie oben (§ 9 III) bereits angeführt ist, steht der Duldungsanspruch zum Leistungsanspruch im Verhältnis einer gewissen Akzessorietät. Es liegt nahe, das, was in dieser Weise von den beiden Ansprüchen gilt, auch auf das Verhältnis der

---

Ansprüche handelt, deren Geltendmachung nur hinausgeschoben ist, während die Ansprüche nach §§ 1421 u. 1377 Abs. 1 Satz 2 gleichmäßig erst nach Beendigung des Güterstandes entstehen.

Klagen zueinander anzuwenden, die zur Durchführung der beiden genannten Ansprüche dienen:

Die Klage gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung wird regelmäßig nicht um ihrer selbst willen betrieben, sondern zu dem ganz bestimmten Zweck, den Erfolg der gegen die Frau gerichteten Klage im bevorstehenden Zwangsvollstreckungsverfahren zu sichern und ihm entgegenstehende Hindernisse zu beseitigen. Ohne die Duldungsklage kann der Erfolg der Leistungsklage regelmäßig nicht erreicht werden. Die Duldungsklage wird grundsätzlich ohne die Leistungsklage nicht geltend gemacht, der Hauptzweck der Duldungsklage ist ein „akzessorisch-prozessualischer". Es besteht deshalb eine enge prozessuale Verwandtschaft zwischen den beiden Klagen, so daß man auch von einer Akzessorietät der beiden Klagen zueinander sprechen kann.[6]) Man darf jedoch auch diesen Grundsatz nicht übertreiben. Insbesondere ist im Auge zu behalten, daß die Klagen durchaus getrennt voneinander durchgeführt werden können (s. unten III, 1 b u. 2), und daß ferner der prozessuale Verlauf der Rechtsstreite gegen den Mann und gegen die Frau grundsätzlich voneinander unabhängig sind (s. unten § 11; vgl. Hochgürtel S. 38). Aber immerhin werden aus diesem Grundsatz der Akzessorietät der beiden Klagen im folgenden eine Reihe wichtiger Folgerungen hergeleitet werden (s. vor allem unten § 16).

Allgemein sei an dieser Stelle nur noch bemerkt, daß der Grundsatz der Akzessorietät der Klagen nicht so weit reicht wie das Prinzip der Akzessorietät der Ansprüche, aus dem er hergeleitet ist, denn der Grundsatz der Akzessorietät der Klagen hat, wie gezeigt werden wird, nur Bedeutung für den Fall der gemeinsamen Erhebung der Klagen. Für den Fall getrennter Klagerhebung können aus ihm keinerlei Folgen hergeleitet werden. Dagegen gilt der Grundsatz der Akzessorietät der Ansprüche auch für den Fall getrennter Klagerhebung. Es wird z. B. der Duldungsanspruch in allen Fällen zugleich mit dem

[6]) vgl. Walsmann S. 25; Weinhagen S. 47; Hochgürtel S. 38; Roth S. 22; ferner vor allem OLG. Dresden v. 22. 5. 1902, OLG. Bd. 5 S. 129; RG. v. 21. 12. 1901 Bd. 50 S. 55.

Leistungsanspruch fällig, einerlei ob seine Geltendmachung gemeinsam oder getrennt mit dem Leistungsanspruch erfolgt (s. unten § 17 III, 2, § 13 IV, 2 b Anm. 7).

III. Wie ist nun das Verhältnis der Klagen zueinander in bezug auf den Zeitpunkt der Erhebung?

1. Die Klagen können zunächst gleichzeitig erhoben werden.

a) In diesem Falle können sie einmal gemeinsam in einem Verfahren erhoben werden, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen (Regelfall! s. unten § 16; vgl. Ullmann S. 217 IV, 1; Weinhagen S. 43—45; Hellwig S. 325). Dann ist natürlich die Trennung der Prozesse gemäß ZPO. § 145 zulässig.

b) Die Klagen können aber auch getrennt nebeneinander geführt werden (s. unten § 17). Es ist keineswegs notwendig, daß die Klagen in einem Verfahren geltend gemacht werden müssen, insbesondere nötigt dazu nicht etwa das materiell- und prozeßrechtliche Abhängigkeitsverhältnis, in dem die beiden Klagen zueinander stehen (vgl. Seuffert (11) N. 2 zu b; Hochgürtel S. 28; Neustadt S. 415). Wenn in einem solchen Falle die Klagen bei einem Gerichte anhängig sind, ist es dann möglich, sie zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung gemäß ZPO. § 147 zu verbinden, da ja die Ansprüche einmal in einem rechtlichen Zusammenhang stehen und auch in einer Klage hätten geltend gemacht werden können (Seuffert N. 2 zu bα; Hörle S. 85; Walsmann S. 34; Roth S. 21). Über die unangenehme Folge, die eine solche Verbindung für die Ehefrau insofern haben kann, als der Mann dadurch als Zeuge im Prozeß ausgeschaltet werden kann, s. unten § 16 I, 1 b.

2. Die Klagen können jedoch auch zu verschiedenen Zeiten erhoben werden.[7])

a) Es ist sehr wohl möglich, daß zunächst die Leistungsklage und dann erst, sei es nach Rechtshängigkeit, sei es erst nach Erledigung der Leistungsklage, die Duldungsklage erhoben wird, also die Leistungsklage vor der Duldungsklage.

[7]) Dann kann es von Wichtigkeit werden, inwiefern die Entscheidung des nachfolgenden Prozesses beeinflußt wird von der rechtskräftigen Entscheidung des vorhergehenden (darüber s. unten § 11 III).

b) Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, daß die Duldungsklage vor der Leistungsklage angestrengt wird, d. h. der Mann kann auf das Dulden schon verklagt werden, bevor ein Vollstreckungstitel gegen die Frau vorliegt.[8])

§ 11.

II. Das Verhältnis der Entscheidungen zueinander.

I. Bei der Frage nach dem Verhältnis der Entscheidungen zueinander handelt es sich um ein Doppeltes, nämlich

1. darum, inwieweit bei einem im Falle gemeinsamer Erhebung der Klagen erfolgenden gleichzeitigen Erlaß der Urteile eine innere Abhängigkeit der Entscheidungen voneinander besteht, und

2. darum, inwieweit bei zeitlich auseinanderfallenden Entscheidungen das in dem einen Prozeß erlassene rechtskräftige Urteil auf die Entscheidung in dem anderen Prozesse einwirkt. Diese zweite Frage ist in erster Linie für den Fall zeitlich auseinander liegender Klagerhebung von Wichtigkeit. Sie ist jedoch auch bei gleichzeitigem Erlaß der Klagen nicht ohne Bedeutung, denn auch hier kann es vorkommen, daß die Entscheidungen zeitlich auseinanderfallen, sei es, daß zunächst für oder gegen die eine Partei ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil (s. unten § 16 III B Ziff. III, IV) erlassen und sodann hinsichtlich der anderen Partei ein sachliches Urteil gefällt wird, sei es, daß etwa der Frauenprozeß eher zur Entscheidung reif ist (ZPO. §§ 301 Abs. 1, 300 Abs. 2) und dann nach Erlaß eines Teilurteils (s. unten § 16 III B Ziff. II) im Frauenprozeß der Duldungsprozeß erst später entschieden wird, und zwar — nur für diesen Fall ist die Frage von praktischer Bedeutung — unter inzwischen veränderter Sachlage und Prozeß-

[8]) Hase S. 367; Walsmann S. 32; Hochgürtel S. 28; Seuffert N. 2 zu bα; Langheineken S. 262 § 14 I; Hellwig S. 325, 319; Geib Bd. 1 S. 361; Hein S. 213; Roth S. 18; vgl. RG. v. 21. 11. 1904 Bd. 59 S. 235. Abw. Endemann Bd. 2 § 179 Anm. 28; Full, Diss. S. 45/46; Jolly S. 463.

gestaltung. Dann muß auch für diesen Fall geprüft werden, ob überhaupt und event. welchen Einfluß die eine Entscheidung auf die Gestaltung der anderen hat.

Beide Fragen (1 und 2) stehen in einem gewissen Zusammenhang, müssen aber getrennt voneinander behandelt werden.[1])

II. Inwiefern besteht im Falle verbundener Klagerhebung bei gleichzeitigem Erlaß der Urteile eine innere Abhängigkeit der Entscheidungen voneinander?

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zunächst von vornherein zuzugeben, daß natürlich insofern beide Klagen eine verschiedene Erledigung erfahren können, als die Frau im Leistungsprozeß wegen des Bestehens der Frauenschuld verurteilt werden, der Mann aber wegen nicht erwiesener Haftung des eingebrachten Gutes eine Abweisung der Duldungsklage erzielen kann.[2]) Insofern kann natürlich von einer inneren Abhängigkeit der Entscheidungen keine Rede sein. Es fragt sich vielmehr nur, ob in dem obengenannten Falle eine innere Abhängigkeit insofern vorhanden ist, als eine divergierende Entscheidung hinsichtlich des Bestehens der Frauenschuld unmöglich ist. Diese Frage ist zu bejahen, und zwar nach zwei Richtungen hin:

1. Wenn die Entscheidung im Leistungsprozeß auf Verurteilung der Frau lautet, wenn also ihre Schuld bejaht wird, dann kann im gleichzeitig erlassenen Duldungsurteil die Duldungspflicht des Mannes wohl wegen mangelnder Haftung des eingebrachten Gutes verneint werden, nicht aber wegen Nichtbestehens der Frauenschuld.

2. Wird die Klage gegen die Frau abgewiesen, wird also

---

[1]) Denkbar ist übrigens auch noch ein dritter, praktisch allerdings wohl kaum vorkommender Fall, nämlich der, daß bei getrennter Erhebung und Durchführung der Klagen die Entscheidungen einmal zufällig gleichzeitig erlassen werden. Dieser Fall bedarf jedoch keiner besonderen Besprechung, denn einmal kommt bei getrennter Klagerhebung keine innere Abhängigkeit der Entscheidungen voneinander in Betracht, und zweitens fällt wegen des gleichzeitigen Erlasses der Urteile die Frage nach dem Einfluß der einen Entscheidung auf die andere fort.

[2]) Über die Bedeutung dieser Möglichkeit für die Frage der notwendigen Streitgenossenschaft s. unten § 16 III.

ihre Schuld verneint, dann kann die Schuld des Mannes nicht bejaht werden.[3])

Der Grund für das vorstehend gefundene Ergebnis ist darin zu sehen, daß bei gemeinsamer Durchführung der beiden Klagen über die gemeinsame Vorfrage, nämlich das Bestehen der Frauenverbindlichkeit, einheitlich Beweis erhoben und verhandelt wird, so daß dann — immer vorausgesetzt, daß auf die gemeinsame Durchführung der Klagen eine gleichzeitige sachliche Entscheidung erfolgt — eine divergierende Entscheidung hinsichtlich des Bestehens der Frauenschuld nicht möglich erscheint.

III. Welchen Einfluß hat bei zeitlich auseinanderfallenden Entscheidungen das in dem einen Prozeß erlassene rechtskräftige Urteil auf die Entscheidung in dem anderen Prozeß?

Man muß hier zunächst zwei Fälle unterscheiden:

A. Die Leistungsklage wird vor der Duldungsklage rechtskräftig entschieden. Dann ist hinsichtlich des Einflusses des erlassenen Leistungsurteils auf den Duldungsprozeß und die darin zu erlassende Entscheidung der Grundsatz aufzustellen: das erlassene Leistungsurteil ist grundsätzlich ohne Einfluß auf den Duldungsprozeß. Im einzelnen ist aber noch zu unterscheiden:

1. Die Frau ist in dem vorangegangenen Leistungsurteil rechtskräftig zur Leistung verurteilt oder — was in der Wirkung hier gleichzuachten ist — ihre Schuld ist durch Feststellungsurteil bejaht. Dann bedeutet die Anwendung des genannten Grundsatzes:

a) Der Gläubiger kann sich auf sein obsiegendes, im Leistungsprogramm erstrittenes Urteil im nachfolgenden Duldungsprozeß regelmäßig nicht berufen, vielmehr nur dann, wenn das Urteil des Leistungsprozesses nach den Regeln der §§ 1401, 1405 auch dem Mann gegenüber wirksam ist.[4])

[3]) So mit Recht Seuffert (11) Bd. 2 N. 2 zu bα Abs. 1 zu § 739 ZPO., N. 2 zu aβ zu § 62. Abweichend anscheinend Walsmann S. 29, der die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung nur für den Fall annimmt, wo das Urteil dem Mann gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist, also wohl nicht für den Regelfall.

[4]) vgl. Hellwig S. 327; Gaupp-Stein N. II, 4; Hein S. 241;

b) Der Ehemann kann im nachfolgenden Duldungsprozeß die Schuld der Ehefrau regelmäßig noch bestreiten, nur dann nicht, wenn das Urteil auch ihm gegenüber wirksam ist. Er kann also im Regelfalle nicht nur die Haftung des eingebrachten Gutes leugnen, sondern auch Einwendungen erheben, die das Bestehen des Anspruchs der Frau selbst betreffen.[5])

Regelmäßig kann also bei der hier in Frage stehenden zeitlich getrennten Durchführung der Klagen die Duldungsklage auch wegen Nichtbestehens der Schuld der Frau abgewiesen werden, und zwar selbst dann, wenn die Schuld der Frau im Leistungsprozeß festgestellt und daraufhin die Frau verurteilt worden ist. Ein abweisendes Erkenntnis im Duldungsprozeß hat dann allerdings den Einfluß auf die Vollstreckung des zunächst ergangenen verurteilenden Erkenntnisses im Leistungsprozeß, daß eine Vollstreckung aus diesem Urteil in das eingebrachte Gut nicht möglich ist, vielmehr nur in das Vorbehaltsgut der Ehefrau.

2. Die Klage gegen die Frau im Leistungsprozeß ist rechtskräftig abgewiesen: dann wird der Gläubiger aus praktischen Gründen gegen den Mann nicht klagen bezw. die bereits erhobene Klage nicht weiterverfolgen, da ja kein Urteil gegen die Frau vorliegt und ein Duldungstitel gegen den Mann allein regelmäßig nicht ausreicht (Ausnahme: oben § 10 I, 2). Wenn aber der Gläubiger trotzdem klagt, wie ist dann der Einfluß des Leistungsurteils auf den Duldungsprozeß? Kann sich der Mann darauf berufen?[6])

Walsmann S. 23; Jolly S. 444; Aronius S. 225. Selbstverständlich ist der Gläubiger in diesem Ausnahmefall nur des Beweises des Bestehens der Frauenschuld enthoben, nicht auch der Haftung des eingebrachten Gutes, denn die Zustimmung des Mannes zum Prozeß der Frau (§ 1400 BGB.) kann wohl die Wirkung rechtskräftiger Feststellung der Frauenschuld auch ihm gegenüber haben, aber sie kann die Haftung des eingebrachten Gutes nicht herstellen, wo sie nicht schon aus allgemeinen Gründen besteht. Vgl. Walsmann S. 33; Hellwig S. 325.

[5]) Vgl. Seuffert N. 2bα Abs. 2; Ullmann S. 220; Struckmann-Koch N. 2 zu § 739; Hase S. 367.

[6]) Für eine alsbaldige Abweisung dieser Klage wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses Hoppe S. 27 N. 1. Unrichtig auch Hellwig, Anspr.

Von dem obengenannten Grundsatz und den Ausführungen zu A 1 aus mußte man das verneinen und nur für den Fall zugestehen, daß der Mann zugestimmt hat, denn ebenso wie der Gläubiger bei fehlender Zustimmung des Mannes sich nicht auf ein obsiegendes, gegen die Frau errungenes Urteil berufen kann, ebensowenig kann sich der Mann bei fehlender Zustimmung auf ein den Gläubiger abweisendes Urteil berufen. Denn der Grundsatz des § 1400 BGB. gilt nicht nur zugunsten, sondern auch zuungunsten des Mannes. Aber die Verhältnisse liegen hier doch anders als in dem umgekehrten Fall. Denn der Mann kann die nach § 1400 geforderte Zustimmung auch nachträglich erteilen, und er wird von dieser Befugnis Gebrauch machen, wenn das in seinem Interesse liegt. Eine solche nachträgliche Zustimmung ist aber schon darin zu sehen, daß der Mann sich im nachfolgenden Leistungsprozeß auf ein den Gläubiger abweisendes Urteil beruft. Durch eine solche nachträgliche Zustimmung erlangt aber das im Frauenprozeß erstrittene Urteil auch ihm gegenüber Wirksamkeit. Der Erfolg ist dann der, daß der Mann sich auf das der Frau günstige Urteil berufen kann, auch wenn er ursprünglich der Prozeßführung nicht zugestimmt hat (vgl. Seuffert (11) 2 b α Abs. 2; Hein S. 211).

B. Die Duldungsklage wird vor der Leistungsklage entschieden. Hier kommt derselbe Grundsatz zu Raum, der schon im Falle A angeführt wurde und der hier ausnahmslos gilt: Die Entscheidung im Duldungsprozeß kann niemals von Einfluß auf die Leistungsklage sein.[7]) Auch hier ist dann noch zu unterscheiden:

1. Der Mann wird im Duldungsprozeß verurteilt. Diese Entscheidung ist für den nachfolgenden Leistungsprozeß

u. Klagr. S. 325 § 44 III, 1 c. Weismann § 134 a I, 7 S. 61. Die Klage auf Duldung erklären in einem solchen Falle für „gegenstandslos": Walsmann S. 33; Weinhagen S. 45; Gaupp-Stein N. II, 4.

[7]) Daraus ist weiter unten (§ 17 III, 5, s. auch § 16 III B Ziff. 5) die Folgerung gezogen, daß wenn die Ehefrau im Duldungsprozeß dem Mann als Nebenintervenient gemäß §§ 66 ff. ZPO. beitritt, dann niemals eine streitgenössische Nebenintervention gemäß § 69 in Frage kommt.

ohne Bedeutung, der Gläubiger kann sich auf das von ihm im Duldungsprozeß erstrittene obsiegende Urteil nicht berufen, die Ehefrau kann ihre dem Mann gegenüber festgestellte Leistungspflicht noch immer bestreiten. Die Leistungsklage kann also in diesem Falle noch sehr wohl abgewiesen werden. Durch ein solches abweisendes Leistungsurteil wird dann das Duldungsurteil nicht etwa aufgehoben, aber es wird gegenstandslos, weil dann ja eine Vollstreckung nicht möglich ist.[8])

2. Die Klage gegen den Mann wird im Duldungsprozeß abgewiesen. Ein solches Urteil hat natürlich nicht zur Folge, daß damit das Nichtbestehen der Frauenverbindlichkeit überhaupt festgestellt wird, sondern nur daß ausgesprochen wird, daß dem Mann gegenüber eine Vollschuldverbindlichkeit der Frau nicht besteht. Die Schuld der Frau kann also auch trotz Verneinung der Duldungspflicht des Mannes sehr wohl für begründet erachtet werden (Ullmann S. 220; Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 325). Im Leistungsprozeß kann sich also die Frau keineswegs auf das Urteil des Duldungsprozesses und die darin vom Mann erzielte Abweisung der Gläubiger berufen, auch dann nicht, wenn die Duldungsklage wegen Nichtbestehens der Frauenschuld abgewiesen ist. Übrigens wird der Gläubiger, der im Duldungsprozeß abgewiesen ist, häufig die Leistungsklage nicht mehr erheben oder weiter fortsetzen, jedenfalls dann nicht, wenn nur eingebrachtes Gut in Frage kommt und Vorbehaltsgut nicht vorhanden ist.

---

[8]) So Seuffert N. 2bα Abs. 2; Gaupp-Stein N. II, 4; Hochgürtel S. 34; RG. v. 21. 11. 1904 Bd. 59 S. 234ff. Aus diesem Umstand, daß nämlich das vorher erlassene Duldungsurteil event. später gegenstandslos werden kann, kann man natürlich nicht die Folgerung ziehen, daß der vorherige Erlaß eines Duldungsurteils vor dem Leistungsurteil nicht zulässig sei, etwa mit der Begründung, daß es nicht Aufgabe des Richters sein könne, Urteile zu erlassen, die sich möglicherweise als überflüssig herausstellen könnten. Gegen diesen Einwand s. unten § 16 III B Ziff. III.

B. Der Duldungsprozeß im besonderen.

I. Die Duldungsklage.

§ 12.

1. Das Anwendungsgebiet.

I. Das Anwendungsgebiet der Duldungsklage des § 739 ZPO. ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut dieser Bestimmung. Trotz der klaren Fassung sind aber darüber mannigfache Streitfragen vorhanden. Hier sei zunächst das Folgende hervorgehoben:

1. Die Duldungsklage ist nur dann erforderlich, wenn es sich um eine Zwangsvollstreckung handelt. Wo es sich um Akte handelt, die sich nicht als Zwangsvollstreckung charakterisieren lassen, ist deshalb ein Duldungsurteil nicht nötig.

2. Die Klage ist ferner nur erforderlich zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau. Damit ist ein Doppeltes ausgedrückt.

a) Die Klage ist nur dann nötig, wenn es sich um eine gegen das Vermögen der Ehefrau gerichtete Zwangsvollstreckung handelt, also einmal bei Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung, sei es in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen (ZPO. Buch 8 Abschn. 2), und sodann bei Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Leistung oder Herausgabe von Sachen (ZPO. Buch 8 Abschn. 3).[1])

Im letzteren Falle ist es gleichgültig, ob die Herausgabe kraft eines dinglichen oder eines persönlichen Anspruchs verlangt wird (Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 331). Liegt aber ein dinglicher Anspruch auf Herausgabe vor (auf Grund dinglichen Rechts [BGB. §§ 985, 1065, 1227] oder auf Grund früheren Besitzes [BGB. § 1007]), so ergibt sich eine Besonderheit daraus, daß der Mann die Sachen, die die Frau eingebracht hat, als Unterbesitzer — unmittelbarer Besitzer — der Frau besitzt.[2]) Denn dann ist auch der Mann zur Herausgabe verpflichtet, mithin

[1]) Die Durchführung dieser verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung im einzelnen gehört nicht hierher.

[2]) So die herrschende Ansicht. Vgl. vor allem Oertmann in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 207; Planck N. 4 zu § 1373; Neustadt S. 383; Crome § 574 Ziff. 4; abw. Kreß § 40 S. 222; Hein S. 124ff.

passiv legitimiert (vgl. Kreß § 40 S. 222; ganz abw. Hein S. 124—127, der keine Klage gegen den Mann auf Herausgabe anerkennt). Eine Klage gegen den Mann allein auf Herausgabe genügt aber nicht, weil eine darauf sich gründende Zwangsvollstreckung wegen des mittelbaren Besitzes der Frau immer auch eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut bleibt, auch dann, wenn sie sich auf ein die direkte Herausgabepflicht des Mannes als Besitzer ausprechendes Urteil stützt. Es ist also stets auch eine Leistungsklage gegen die Frau erforderlich. Fraglich ist aber noch, ob bei Vorhandensein von zwei Herausgabeurteilen gegen den Mann und die Frau auch noch ein Duldungsurteil gegen den Mann erforderlich ist. Nun wird weiter unten (s. II, 2) die Ansicht vertreten, daß an sich das Vorhandensein eines Leistungsurteils gegen den Mann die Duldungsklage nicht ersetzt werden kann, weil mit dem Leistungsurteil nur ausgesprochen wird, daß der Mann zur Leistung aus seinem eigenen Vermögen, nicht aber zur Duldung der Vollstreckung aus dem Vermögen der Frau verurteilt wird. Man könnte deshalb auf den Gedanken kommen, auch in dem hier besprochenen Falle noch ein besonderes Duldungsurteil zu verlangen; denn auch hier ist es an sich zweierlei, ob der Mann als Unterbesitzer verurteilt wird, die Sachen herauszugeben, oder ob er verurteilt wird, die Zwangsvollstreckung zu dulden, die gegen die Frau wegen der ihr als Besitzer obliegenden und urteilsgemäß festgestellten Herausgabepflicht vorgenommen wird. Diese Ansicht würde aber auf Formalismus hinauslaufen: Die Herausgabepflicht des Mannes ist abhängig von und steht im Zusammenhang mit der Herausgabepflicht der Frau. Es besteht kein Unterschied im Inhalt der beiden Ansprüche. In der Verurteilung, die Sachen herauszugeben, liegt auch zugleich die Verurteilung, die eventuelle Erzwingung der Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung zu dulden. Etwaige Einwendungen, die der Mann gegen die Herausgabepflicht der Frau hat, kann er in derselben Weise in dem gegen ihn angestrengten Prozeß geltend machen. Eine besondere Duldungsklage ist also in diesem Falle nicht zu verlangen, es genügt eine Klage gegen beide Ehegatten auf Herausgabe.[3])

[3]) So anscheinend auch Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 331 N. 24; vgl.

Wenn es sich aber nicht um die zu 2 a am Eingang genannten Fälle, sondern um eine Verurteilung der Frau zum persönlichen Handeln, Dulden oder Unterlassen handelt, dann ist zur Zwangsvollstreckung regelmäßig und grundsätzlich nur ein Titel gegen die Frau erforderlich, weil dann keine Vollstreckung in das Vermögen der Ehefrau und keine Verletzung der ehemännlichen Rechte an diesem Vermögen in Betracht kommen (vgl. Falkmann Bd. 1 § 21, 2 III e S. 187). Allerdings kann auch bei einer solchen Zwangsvollstreckung insofern mittelbar eine Vollstreckung in das Vermögen der Ehefrau vorkommen, als es sich um die Vollstreckung angedrohter Geldstrafen handelt.

b) Die Duldungsklage gemäß § 739 ZPO. ist ferner nur dann erforderlich, wenn es sich um eine Vollstreckung in ganz bestimmte Teile des Vermögens der Frau handelt, nämlich um das sogen. eingebrachte Gut, also nicht zur Zwangsvollstreckung in das Vorbehaltsgut. Wie die Vermögensmassen bei der Vollstreckung praktisch auseinanderzuhalten sind, gehört nicht hierher.

II. Im einzelnen bedarf nun die Frage des Anwendungsgebiets der Duldungsklage des § 739 noch nach folgenden Richtungen hin der Erörterung:

1. Ist ein Duldungstitel gegen den Mann gemäß § 739 auch dann erforderlich, wenn der Mann selbst Gläubiger seiner Frau ist?

In der Praxis des früheren Rechts hat Streit über die grundsätzliche Frage bestanden, ob nicht bei einem Güterstande mit Verwaltung und Nutznießung des Mannes der Umstand, daß in der Person des Mannes die Rechte des Gläubigers mit denen der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung zusammentreffen, die Ausübung des Gläubigerrechts überhaupt ausschließe, ob also das güterrechtliche Verhältnis den Mann hindert, seine Be-

aber Kreß § 40 S. 222. Wenn allerdings die Frau im Besitz der Sache ist, dann ist zur Vollstreckung neben einem gegen sie gerichteten Urteil auch ein Duldungsurteil erforderlich. So richtig Hein S. 124; vgl. Hellwig Lehrb. Bd. 1 S. 334 („belangbar").

friedigung aus einem gegen die Frau gerichteten Anspruch schon während der Ehe zu verlangen.[4])

Für das geltende Recht dürfte es unzweifelhaft sein, daß jedenfalls bei dem im § 739 ZPO. genannten Güterstande der Mann trotz seiner Rechte am Frauengut unbehindert ist in der Geltendmachung etwaiger Forderungen gegen die Frau. Ist aber zur Vollstreckung ein Duldungstitel erforderlich?

Diese Frage wird nicht sehr häufig praktisch werden, da der Mann in der Regel die Befriedigung seiner Forderungen gegen die Frau auf leichtere und einfachere Weise wird erlangen können als im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung, nämlich in Gemäßheit der ihm im § 1376 Ziff. 1—3 erteilten Befugnis. Da nun die Begleichung der Frauenschuld zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Frauengutes gehört, wenn auch nur der Frau gegenüber, nicht den Gläubigern, so ist auch stets der Voraussetzung des § 1377 Abs. 1 genügt. In allen übrigen Fällen, z. B. wenn eine Veräußerung von eingebrachtem Gut erforderlich ist, um Geldmittel zur Erfüllung der Frauenschuld zu beschaffen, wird der Mann sich die fehlende Zustimmung der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzen lassen (BGB. § 1379 Abs. 1) und sich damit das Verfügungsrecht über das eingebrachte Gut zu seiner Befriedigung unbeschränkt verschaffen können. Dann ist es Sache des Vormundschaftsgerichts, zu prüfen, ob der vom Mann gewünschte Befriedigungsakt zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes erforderlich ist, insbesondere also, ob die Forderung des Mannes gegenüber der Frau zu Recht besteht.[5]) Vielfach wird also der Mann sich ohne weiteres, nämlich ohne Klage und Zwangsvollstreckung, selbst helfen und

---

[4]) So in ausführlicher Begründung das Reichsgericht in einer älteren Entscheidung (s. Seufferts Arch. Bd. 38 S. 55). Demgegenüber hat aber schon die überwiegende Mehrheit der Praxis des älteren Rechts sich auf den Standpunkt gestellt, daß die dem Mann zustehenden Rechte einer Forderung des Mannes und der Ausübung des Gläubigerrechts nicht entgegenständen. Vgl. RG. in Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 491, JurW. 1895 S. 395 Nr. 52.

[5]) Es bedarf keiner Prüfung, ob das eingebrachte Gut für die Forderung haftet, denn die Nichthaftung gemäß §§ 1412 ff. ist nur eine relative, sie gilt nur zugunsten des Mannes (s. oben § 3 II).

befriedigen können. Bestreitet dann die Frau das Bestehen ihrer Schuld, so ist es ihre Sache, im Wege der Klage sich Recht zu verschaffen und die Befriedigung rückgängig zu machen. Denkbar ist jedoch auch der Fall, daß der Mann seinen Anspruch gegen die Frau im Klagewege feststellen und event. durch Zwangsvollstreckung seine Erfüllung erzwingen läßt. Das ist z. B. bei schwieriger Rechtslage oder Ungeklärtheit der Sachlage möglich, wenn etwa das Vormundschaftsgericht nach § 1379 aus diesen Gründen nicht tätig werden will, oder wenn dem Mann daran liegt, durch den Besitz eines vollstreckbaren Titels einen Druck auf die Frau ausüben zu können. Ein Duldungstitel ist dann jedoch nicht erforderlich. [6])

Es ergibt sich schon aus der Natur der Sache, daß der Mann zur Durchsetzung eines ihm zustehenden Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung nicht erst einen Titel zu erwirken braucht, der ihn selbst zur Duldung dieser Vollstreckung verurteilt. Der Mann kann nicht gegen sich selbst einen Anspruch auf Duldung der Vollstreckung haben. Es würde ja auch der Zweckbestimmung des § 739, nämlich den Mann als Inhaber ehelicher Güterrechte zu schützen, widersprechen, wenn man die für die Gläubiger bestehende Erschwerung auch in den Fällen eintreten ließe, wo der zu schützende Mann selbst der Gläubiger ist. Schließlich scheidet für den hier in Betracht kommenden Fall die Notwendigkeit, die sonst die Duldungsklage erforderlich erscheinen läßt, nämlich Klarheit zu schaffen über die Frage der Haftung des eingebrachten Gutes, vollständig aus (vgl. oben § 3 I, 1).

2. Ist eine Verurteilung des Mannes auch dann erforderlich, wenn der Mann selbst zur Leistung, insbesondere zur gesamtschuldnerischen Leistung neben der Frau, verurteilt ist?

Das wird verschiedentlich verneint [7]) mit der Begründung,

[6]) So die weitaus herrschende Meinung; vgl. Seuffert (11) 2b; Struckmann-Koch N. 5; Petersen-Anger N. 4; Staudinger (5/6) N. 7e zu § 1411; Gaupp-Stein N. 5a; Planck N. 9e; Falkmann Bd. 1 S. 182; Walsmann S. 35—37; Hein S. 321; Ullmann S. 241; OLG. Colmar, OLG. Bd. 3 S. 244/45; Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 258.

[7]) So Falkmann Bd. 1 § 21, 21a S. 181, 182; ebenso Gruchots Beitr. Bd. 35 S. 509; KG. in OLG. Bd. 3 S. 4.

daß die Verpflichtung des Mannes zur Haftung aus eigenem Vermögen die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das genießbrauchte Frauenvermögen in sich schlösse. Der § 739 wolle dem Mann die Möglichkeit geben, gegenüber den Gläubigern der Frau seine Rechte zu wahren. Wenn er nun neben der Frau selbst zur Leistung verurteilt sei, so könne er sich dem Gläubiger gegenüber auf diese Rechte nicht berufen.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden.[8]) Es versteht sich keineswegs von selbst, daß der zu gleicher Leistung wie die Frau verurteilte Mann nun auch die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden hat. Mit dem Leistungsurteil wird vielmehr nur ausgesprochen, daß der Gläubiger die Leistung vom Mann, d. h. aus seinem Vermögen fordern kann. Der Leistungsgläubiger des Mannes hat als solcher keine Zugriffsrechte in das eingebrachte Gut, mit der gesamtschuldnerischen Haftung des Mannes steht die Vollschuldqualität der Frauenverbindlichkeit noch nicht fest.[9])

Die entgegengesetzte Ansicht würde einmal dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechen, denn eine Verurteilung des Mannes zu gleicher Leistung enthält keine „Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut". Beide Verurteilungen sind vielmehr inhaltlich durchaus verschieden und führen auch zu verschiedenen Konsequenzen. Der Umstand allein, daß beide Ehegatten äußerlich in einem Akte verurteilt sind, vermag an der rechtlichen Natur der Verurteilung und ihren Folgen nichts zu ändern. Die Ansicht der Gegner wäre aber auch sachlich durchaus un-

---

[8]) Staudinger N. IV, 7a; Planck N. 9a; Gaupp-Stein (9) N. II, 1; Seuffert N. 2b Abs. 4; Struckmann-Koch N. 3; Petersen-Anger N. 3; Endemann Bd. 2, 2 § 179 S. 382, 383; Hörle S. 84; Hase S. 369; Walsmann S. 35; Kraus in BayZ. Bd. 3 S. 228; Jolly S. 453 N. 21; Dürr in BayZ. Bd. 5 S. 944; OLG. Dresden in Seufferts Arch. Bd. 56 Nr. 21 S. 37; OLG. Breslau in Seufferts Arch. Bd. 56 Nr. 94 S. 162; KG. in OLG. Bd. 11 S. 43.

[9]) vgl. vor allem Kraus a. a. O.; Endemann a. a. O.: „Sowenig der Begriff der Vollschuld den Ehemann zum Gesamtschuldner seiner Frau stempelt, ebensowenig ist die Duldungsklage gegen den Mann deshalb überflüssig, weil er Gesamtschuldner seiner Frau ist".

gerechtfertigt. Man wird allerdings ruhig zugeben können, daß in vielen Fällen, wo Mann und Frau zu gleichen Leistungen, insbesondere nebeneinander als Gesamtschuldner verurteilt sind, auch die Voraussetzungen der Duldungspflicht auf seiten des Mannes vorhanden sein werden. Denn wenn etwa die Ehegatten sich in einem gemeinsamen Vertrage zu derselben Leistung als Gesamtschuldner verpflichten, so ist in dem gemeinsamen Vertragsabschluß wohl oft auch die Genehmigung des Ehemannes zur Eingehung des Rechtsgeschäfts für die Frau zu sehen. Der Fall kann jedoch auch anders liegen. Wenn z. B. bei einem Tierschaden die Frau als Tierhalter nach § 833, der Mann nach § 834 haften würde, oder wenn eine Frau sich nachträglich und ohne Genehmigung des Mannes zur gleichen und gesamtschuldnerischen Haftung mit dem Mann verpflichten würde, oder wenn schließlich der Mann sich für eine Minderschuld der Frau als Gesamtschuldner verpflichtete (Beispiele von Jolly und Kraus a. a. O.), dann würden beide Ehegatten zwar zur gleichen Leistung gesamtschuldnerisch verurteilt werden können, ohne daß eine Vollschuld der Ehefrau in Frage käme. Dem Ehemann muß also auch in diesem Falle das Recht gewahrt bleiben, etwaige Einwendungen gegen das Bestehen der Verbindlichkeit der Frau oder die Haftung des eingebrachten Gutes geltend zu machen. Zu beachten ist noch, daß bei Befolgung der gegnerischen Ansicht das eigentümliche Resultat entstände, daß der Gläubiger bei Verbindung der Klagen eine umfangreichere Möglichkeit zur Anspruchsrealisierung erhalte als bei Vorgehen auf Grund der einzelnen Titel. Der Leistungstitel hätte also besondere, seinen Bestandteilen fehlende Funktionen (so Hein S. 208).

Es ist also daran festzuhalten, daß das Vorhandensein eines Leistungstitels gegen den Mann nicht geeignet ist, ihm das Widerspruchsrecht gegen solche Vollstreckungshandlungen zu entziehen, die unter Verletzung seines Gewahrsams lediglich auf Grund eines Urteils gegen die Frau in deren Vermögen erfolgen.[10])

[10]) Man kann gegen die vorstehende Argumentation nicht einwenden, daß in gewissen anderen Fällen ein Ersatz der Duldungsklage durch die

Von dem Grundsatz, daß im Falle des § 739 ein gegen den Mann ergangenes Leistungsurteil das Duldungsurteil nicht zu ersetzen vermag, gilt nur die eine oben I, 2a erwähnte Ausnahme bei der dinglichen Klage auf Herausgabe.

Was im vorstehenden von dem Leistungsurteil gegen den Ehemann gesagt ist, gilt in gleicher Weise von sonstigen Vollstreckungstiteln. Wenn z. B. die beiden Ehegatten in einem Prozeßvergleich (ZPO. § 794 Abs. 1 Ziff. 1) sich verpflichten, als Gesamtschuldner eine bestimmte Summe zu bezahlen, so ist zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Titel des Prozeßvergleichs nicht ausreichend, vielmehr noch ein Duldungstitel gegen den Mann erforderlich. Denn daraus, daß der Mann sich gleichzeitig im Vergleichswege zur Zahlung verpflichtet, folgt noch nicht, daß er sich bereit erklärt hat, die Vollstreckung in das eingebrachte Gut zu dulden, sein dahingehender Wille muß vielmehr besonders ausgedrückt werden.[11])

Leistungsklage ausdrücklich oder stillschweigend zugelassen sei, denn in diesen Fällen ist eine ganz andere materielle Grundlage vorhanden, die eine andersartige Entscheidung hinreichend rechtfertigt. — Im Falle des § 743 ZPO. — Vollstreckung in das Gesamtgut der Liquidationsgemeinschaft — gehört das Vermögen, in das vollstreckt wird, beiden Ehegatten gemeinschaftlich, beide sind persönliche Schuldner. Deshalb erreichen hier zwei Leistungsurteile in gleicher Weise den erstrebten Zweck wie ein Leistungsurteil und ein Duldungsurteil. Der § 743 spricht deshalb auch ganz mit Recht die Möglichkeit des Ersatzes des Duldungsurteiles durch ein Leistungsurteil ausdrücklich aus (vgl. Walsmann S. 35 Anm. 1 a. E.; Weinhagen S. 50). — Ebenfalls kann im Falle des § 748 Abs. 2 — Zwangsvollstreckung in die dem Rechte des Testamentsvollstreckers unterliegendeu Gegenstände — ein gegen den Testamentsvollstrecker gerichtetes Urteil auf Leistung, vorausgesetzt, daß es gegen ihn in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker ergangen ist (BGB. § 2213 Abs. 1), dieselbe Wirkung haben wie ein gegen ihn ergangenes Duldungsurteil (BGB. § 2213 Abs. 3), und zwar deshalb, weil die fragliche Leistung ja doeh nur aus dem Nachlaß oder nur aus dem der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenständen erfolgen kann (Weinhagen S. 50, 51).

[11]) s. OLG. Breslau Bd. 18 S. 396. Die Entscheidung muß genau so ausfallen, wenn beide Ehegatten sich in einer vollstreckbaren Urkunde gemäß ZPO. § 794 Abs. 1 Ziff. 5 der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben. In einer solchen Urkunde liegt noch keine Urkunde nach § 794 Abs. 2. Abw. LG. Köln im Rhein. AVR. Bd. 24 S. 75.

3. Die Rechtsverhältnisse bei Feststellungsklagen und rechtsgestaltenden Klagen gegen die Frau. Die Bestimmung des § 739 bezieht sich unmittelbar nur auf gegen eine Ehefrau gerichtete Verurteilungsklagen, weil nur auf Grund einer Verurteilungsklage eine Zwangsvollstreckung nach der Zivilprozeßordnung möglich ist (s. Langheineken S. 270ff.; Planck N. 6 zu § 1400; Hellwig S. 326; Aronius S. 264). Die Grundsätze des § 739 können deshalb jedenfalls direkt für Feststellungsklagen und rechtsgestaltende Klagen nicht zur Anwendung kommen. Immerhin wird der im § 739 ruhende Grundgedanke in diesen Fällen eine entsprechende Anwendung finden können. Es kann sich aber immer nur um eine sinngemäße Anwendung des Grundgedankens handeln.[12])

a) Im gesetzlichen Güterstande des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat bei Passivprozessen regelmäßig nur die Ehefrau das ungeminderte Prozeßführungsrecht. Das gilt auch bei der Feststellungsklage. Nun schaffen aber regelmäßig die gegen die Frau ergehenden Urteile gegenüber dem Mann keine Rechtskraft (BGB. § 1400, Ausnahme §§ 1401, 1402, 1405). Wenn z. B. der Gläubiger nur gegenüber der Ehefrau sein Eigentum, eine Dienstbarkeit, ein Erbrecht, den Nichtabschluß eines Mietvertrages festgestellt hat, so kann dann der Mann noch immer gegen den im Prozeß wider die Frau obsiegenden Kläger auf Grund des ihm nach § 1380 zustehenden Prozeßführungsrechtes die Vindikation, die Klage auf Verbot der Ausübung der Dienstbarkeit, eine negative Feststellungsklage wegen des Erbrechts, Klage auf Zahlung des Mietzinses erheben, ohne daß ihm der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung entgegengestellt werden könnte. Der Sieger im Prozeß gegen die Frau kann also im Prozeß des Mannes noch unterliegen (Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 337, 338, Anspr. u. Klagr. S. 326; Aronius S. 265).

[12]) Deshalb ist es wohl zu weitgehend, wenn Planck a. a. O. sagt, daß § 739 auch für diejenigen Entscheidungen „gelten müsse", die keinen Vollstreckungstitel bilden, insbesondere auch für Feststellungsurteile. Richtig Crome Bd. 4 § 575 V, 2: Der Kläger kann, um das Urteil gegen den Mann in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam zu machen, den Mann durch Klage nach Maßgabe der Spezialprozeßart in den Prozeß hineinziehen.

Deshalb hat der Kläger ein dringendes Interesse daran, die Feststellungsklage, die ihm gegenüber der Frau in Ansehung des eingebrachten Gutes geboten erscheint, auch gegenüber dem Mann zu betreiben. Denn erst wenn er ein gegen beide Ehegatten obsiegendes Urteil erlangt hat, erhält er die Feststellung, die er während des bestehenden Güterstandes auch gegen den Mann verwerten kann.

Die Anwendung des Grundgedankens des § 739 auf den Fall der Feststellungsklage zeigt sich nun in der Folgerung, daß ein gegen die Frau begründeter Feststellungsanspruch, sofern er nur mit dem eingebrachten Gut in Beziehung steht, regelmäßig auch gegen den Mann begründet ist, indem zugunsten des Gläubigers im Duldungsprozesse das Vorhandensein des nach § 256 ZPO. erforderlichen rechtlichen Interesses an der Feststellung wegen der bestehenden güterrechtlichen Verhältnisse und insbesondere wegen der am Ehegut begründeten Rechte des Mannes präsumiert wird.[13]) Dagegen spricht nicht etwa, daß der Mann nicht Subjekt des festzustellenden Rechtsverhältnisses ist, denn es ist keineswegs Voraussetzung für die Feststellungsklage, daß der Beklagte Subjekt des festzustellenden Rechtsverhältnisses zu sein braucht (vgl. Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 337 N. 4).

Das Bestehen des Feststellungsanspruchs gegen den Mann ist also generell für alle Fälle anzuerkennen, wo er auch gegenüber der Frau besteht, und seine Existenz ist nicht etwa davon abhängig zu machen, daß der Mann ebenfalls an der Rechtsberühmung oder Rechtsbestreitung der Frau teilgenommen hat (vgl. Langheineken S. 271). Andernfalls würde der Schutz des Gläubigers für die vielen Fälle, wo sich der Mann von der das Feststellungsinteresse des Gläubigers begründenden Handlung der Frau ferngehalten hat, nicht ausreichend sein.

Die Feststellungsklage ist jedoch nur gegen die Frau zu richten, wenn das festzustellende Rechtsverhältnis das Vorbehaltsgut der Frau betrifft, oder wenn es sich um ausschließlich die persönlichen Rechtsbeziehungen der Frau berührende Klagen handelt, z. B. um Statusklagen.

[13]) s. Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 337/38; Langheineken S. 271. Ein ähnlicher Gesichtspunkt wie oben wird unten § 13 IV, 2a verwertet.

Bei Erhebung der Feststellungsklage gegen beide Ehegatten ist der Feststellungsantrag nach beiden Richtungen hin gleichlautend zu stellen.[14])

b) Ähnliches muß auch gelten für die rechtsgestaltenden Klagen: Der Kläger kann bei einer gegen eine Ehefrau angestrengten Klage auf konstitutive Rechtsänderung auch gegen den Ehemann klagen, um dadurch zu erreichen, daß das Urteil auch dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist, was bei alleiniger Erhebung und Durchführung der Klage gegen die Frau nur ausnahmsweise der Fall ist (BGB. §§ 1400 ff.).[15])

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt auch hier, wenn es sich um eine nur die persönlichan Angelegenheiten der Frau allein betreffende Klage handelt, z. B. etwa um die Ehelichkeitsanfechtungsklage des § 1596 Abs. 1 Satz 2, oder wenn eine nur für das Vorbehaltsgut erhebliche Klage, wie die Erbunwürdigkeitsklage bezüglich einer dem Vorbehaltsgut nach § 1369 zufallenden Erbschaft, in Betracht kommt (Langheineken § 14 V S. 271).

Die Klage hat auch gegen den Mann auf dasselbe Petitum zu lauten.[16])

---

[14]) vgl. Langheineken S. 271; Hellwig S. 326; abw. Aronius a. a. O.: Der Mann solle „anerkennen", daß das ergehende Urteil ihm gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam sei. Vgl. Crome Bd. 4 § 575 V, 2.

[15]) So Langheineken § 14 V S. 271; abw. anscheinend Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 339, der das nur zugestehen will für die Erbunwürdigkeitsklage der §§ 2342, 2344. Für diesen Fall führt er aus — s. auch S. 326 a. E. und N. 31 —, daß hier eine Klage gegen den Mann, und zwar als notwendigen Streitgenossen, auf alle Fälle erforderlich sei und ohne gleichzeitige Belangung des Mannes die Erbunwürdigkeitsklage den Erbschaftserwerb nicht reszindieren würde, da eine gegen die Frau allein ergangene Klage gegenüber dem Manne unwirksam sein würde und eine Reszission, die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses ex tunc und mit dinglicher Wirkung, vom Gericht nur ausgesprochen werden könne, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben seien, also nur, wenn beide Ehegatten verklagt werden. Dem wird nicht zuzustimmen sein (Langheineken S. 271). Die Reszission hat vielmehr an sich ihre volle Wirkung, sie ist nur dem Manne gegenüber einer Beschränkung gemäß § 1400 Abs. 1 unterworfen.

[16]) So Langheineken S. 271. Die hier von Langheineken er-

c) Eine besondere Behandlung erfordert noch der Fall, daß die Frau zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, z. B. zur Abgabe der sachenrechtlichen Einigung oder auf Grund eines Grundbuchberichtigungsanspruchs gemäß BGB. § 894, also beim Vorliegen von Ansprüchen, deren Durchführung auf dem eigentümlichen Wege des § 894 ZPO. vor sich geht. In diesen Fällen handelt es sich nicht, wie manchmal angenommen wird,[17]) um eine Bewirkungsklage, sondern um eine Leistungsklage mit Vollstreckungsbesonderheit, so daß also die oben litt. b dargestellten Grundsätze keine Anwendung finden können.

Soweit es sich dabei um eine verfügende Willenserklärung handelt, wird, wie die freiwillige Abgabe der Erklärung seitens der Frau gemäß § 1395, so auch die im Wege des § 894 ZPO. erfolgende fiktive Erklärungsabgabe wegen mangelnder Zustimmungserklärung des Mannes der Gültigkeit überhaupt entbehren (s. darüber schon oben § 9 I, 2a, § 8 Ziff. 4; Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 326 N. 31). In den anderen Fällen wird das gegen die Frau ergangene rechtskräftige Urteil, soweit es sich um eingebrachtes Gut, etwa ein von der Frau eingebrachtes Grundstück handelt, trotz der Bestimmung des § 894 ZPO. dem Manne gegenüber regelmäßig unwirksam sein (§ 1400 Abs. 1).

Man hat deshalb mit Recht angenommen, und zwar aus dem Grundgedanken des § 739 geschlossen, daß in einem solchen Falle auch der Mann verklagt werden könne, ja verklagt werden müsse.

In diesem Falle wird übrigens — anders wie in den Fällen zu a und b — das Antragspetitum und der Urteilstenor für die beiden Fälle verschieden lauten müssen: Gegen die Frau ist auf Abgabe einer bestimmten Willenserklärung, z. B. der sachenrechtlichen Einigung, zu klagen. Der Klagantrag gegen den Mann wird dahin zu formulieren sein, daß der Mann zur formgerechten Zustimmung zur Willenserklärung der Frau verurteilt

---

wähnte einzige Ausnahme ist keine Ausnahme, denn die Klage nach § 894 ZPO. ist keine Bewirkungsklage; s. darüber unten litt. c; abw. Crome S. 575 V, 2.

[17]) Langheineken S. 271, 265; Seuffert (11) N. 1 zu § 894, N. 2 cα zu § 253. And. Ans. mit Recht Weismann S. 135; Stein in ZZP. Bd. 38 S. 287; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 232; Falkmann (2) Bd. 1 S. 6 N. 9.

werde (Langheineken a. a. O.; RG. v. 23. 5. 1911 in BayZ. Bd. 7 S. 365).

4. Ist die Duldungsklage auch dann erforderlich, wenn das im Leistungsprozesse ergangene Urteil auch dem Manne gegenüber Rechtskraft schafft (§§ 1400 ff.)?

Die Frage ist unbedingt zu bejahen: die Erstreckung der Rechtskraft ist nicht gleichbedeutend mit der Erstreckung der Vollstreckungswirkung. Wenn das schon allgemein anzunehmen ist, so gilt es besonders in dem vorliegenden Falle. Aus der Rechtskraftserstreckung folgt hier nur, daß die eine Voraussetzung für die Duldungspflicht des Mannes, nämlich das Bestehen der Frauenschuld, auch dem Manne gegenüber als vorliegend angesehen werden kann. Die Möglichkeit einer Vollstreckung gegenüber dem Manne hat aber noch die weitere Voraussetzung, daß das eingebrachte Gut dem Manne gegenüber für die Frauenschuld haftet (s. oben § 9 II). Eine Vollstreckung gegen den Mann ist also erst möglich, wenn auch das Vorliegen dieser Voraussetzung nachgewiesen ist. Darüber spricht sich aber das Leistungsurteil gegen die Frau nicht aus. Es gibt dem Manne nicht das Recht, etwa unter Erwirkung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Frauenurteils gegen den Mann die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Wenn das Gegenteil der Fall wäre, würde dem Manne jede Möglichkeit genommen sein, den Einwand geltend zu machen, daß das eingebrachte Gut im Einzelfalle nicht hafte, und deshalb also die Zwangsvollstreckung unzulässig sei: Die Klage aus § 771 ist nicht möglich, weil ja der Ehemann nicht mehr Dritter ist, wenn eine Vollstreckungsklausel gegen ihn erteilt ist, und die Klage aus § 767 muß fortfallen, weil es sich ja um eine Einwendung handelt, die schon zur Zeit des Hauptprozesses bestand und dem Manne bekannt war.

Es ist also auch in dem eingangs genannten Falle eine Duldungsklage erforderlich, die den Zweck hat, das Vorliegen der Haftung des eingebrachten Gutes zu erweisen.[18]) Es kann

[18]) So die herrschende Ansicht: Pagenstecher in Rhein. Zeitschr. Bd. 1 S. 80; Hochgürtel S. 32/33; Hoppe S. 8; Crome Bd. 4 § 579 IV, 2; Hase im Sächs. ArchR. Bd. 1 S. 268; and. M. Jolly S. 445; vgl. Hellwig. Anspr. u. Klagr. S. 329.

also Hellwig (Anspr. u. Klagr. S. 329) nicht zugestimmt werden, wenn er lehrt, daß in den genannten Fällen eine „neue“ Klage nicht erforderlich sei, vielmehr der Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung erhalten könne, wenn er den Beweis derjenigen Tatsachen, die dem Urteile Wirksamkeit gegen den Mann verschaffen, durch öffentliche Urkunden oder im Anhangsprozesse (§ 731) erbringe.[19]) Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines gegen die Frau erstrittenen Urteils gegen den Mann, d. h. mit Vollstreckungswirkung in Ansehung des eingebrachten Gutes auch dem Manne gegenüber, ist vielmehr nur bei ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes möglich (z. B. ZPO. § 742). Ein Analogieschluß aus § 742, wie Hellwig S. 329 will, ist abzulehnen (wie Hellwig auch Lehmann, Unterlassungspflicht S. 46/47).

5. Ist die Duldungsklage auch erforderlich, wenn das Leistungsurteil gegen die Frau „im Beistande“ ihres Ehemannes ergangen ist?[20])

Das ist zu bejahen. Selbst wenn man annehmen wollte, daß die Einbeziehung des Mannes in den Prozeß als Beistand den Sinn hat und haben soll, daß der Mann mit der Frau als Streitgenosse Prozeßpartei sein soll,[21]) so genügt das noch nicht, weil das Urteil, auch wenn es gegen den Mann ergeht, nicht ausspricht, daß der Mann die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil, soweit es gegen die Frau geht, zu dulden habe. Ein dahingehender Ausspruch ist aber durchaus erforderlich. Das Auftreten des Mannes als „Beistand“ im Prozesse seiner Ehefrau ist also keineswegs geeignet, das Duldungsurteil zu ersetzen (vgl. LG. München I in Seufferts Bl. 1901 S. 474; Ullmann S. 218 Anm. 15 a. E.).

6. Wenn ein Frauengläubiger aus einem gegen die Frau erwirkten Urteil einen Anspruch auf Erstattung der Kosten

[19]) Hellwig gibt übrigens zu, daß in diesem Falle ein Titel erforderlich sei. Er meint nur, daß ein besonderer Urteilstitel nicht nötig sei, sondern statt dessen eine vollstreckbare Ausfertigung des Leistungsurteils auch dem Manne gegenüber genüge.

[20]) So anscheinend OLG. Bd. 3 S. 4f.

[21]) Das ist aber kaum anzunehmen; s. Staudinger N. 4 zu § 1400 und dort zitierte Entscheidungen; vgl. RG. in JurW. 1908 S. 529; Endemann § 177 S. 368 N. 33.

hat, so haftet nach § 1412 Abs. 1 BGB. diesem Kostengläubiger das eingebrachte Gut, einerlei ob das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist oder nicht.

Nun wird verschiedentlich, und zwar offenbar mit Rücksicht auf die erwähnte materiellrechtliche Besonderheit, behauptet,[22]) ein solcher Kostengläubiger bedürfe zu einer Vollstreckung seiner Kostenforderung keines Duldungstitels. Man wendet dagegen ein, es fehle an jeder gesetzlichen Grundlage, um in diesem Falle eine Ausnahme von der Regel zu machen, daß zu jeder Vollstreckung eine Duldungsverurteilung erforderlich sei. Wenn wirklich eine solche Ausnahme gelten sollte, so hätte es einer dahingehenden ausdrücklichen Bestimmung bedurft.[23])

Man wird sich jedoch der erstgenannten Ansicht anschließen müssen: Es besteht tatsächlich kein Bedürfnis für die Duldungsklage in dem Falle, daß ein Kostengläubiger die Vollstreckung in das eingebrachte Gut betreiben will. Zunächst fällt der Einwand, dessen Geltendmachung dem Manne im Wege der Duldungsklage ermöglicht werden soll, nämlich der der Nichthaftung des eingebrachten Gutes, hier auf alle Fälle fort (arg. § 1412 Abs. 2). Dasselbe gilt von dem anderen Einwand des Mannes, nämlich dem des Nichtbestehens der Frauenschuld. Denn selbst wenn die Hauptschuld und damit die Kostenschuld dem Manne gegenüber nicht festgestellt ist, das Urteil ihm gegenüber also nicht wirksam war, haftet das eingebrachte Gut doch für die Kosten. Die gegenteilige Ansicht würde die unpraktische Konsequenz haben, daß der Gläubiger, wenn er auf Grund eines Urteils gegen die Frau einen Kostenfestsetzungsbeschluß erlangt hat, dann noch eine besondere Klage gegen den Mann erheben müßte. Der Gläubiger kann also wegen der Kosten eines Frauenprozesses ohne weiteres in das eingebrachte Gut vollstrecken. Regelmäßig wird aber dem Gläubiger mit der bloßen

[22]) So Fraenkel, Familienrecht S. 48 Anm. 7; anscheinend auch Grünwald im Recht Bd. 5 S. 62.

[23]) So Opet-Blume Ziff. 6 zu § 1411; Meikel in Seufferts Bl. Bd. 65 S. 189; Walsmann S. 35; Hase S. 372; KGBl. 1909 S. 85; vgl. RG. Bd. 56 S. 74.

Möglichkeit, wegen der Kosten in das eingebrachte Gut vollstrecken zu können, nicht gedient sein, sondern er wird schon aus eigenem Interesse wegen der erweiterten Vollstreckungsmöglichkeit, nämlich auch hinsichtlich der Hauptschuld, die Duldungsklage durchführen. In den Fällen jedoch, wo eine Vollstreckung in der Hauptsache nicht in Frage steht, z. B. bei Feststellungsklagen gegen die Frau usw. würde sich infolge des oben ausgesprochenen Grundsatzes eine Duldungsklage erübrigen, wenn nicht aus den oben (Ziff. 3 a—c) besprochenen Gründen eine Duldungsklage doch vielfach erwünscht und erforderlich scheinen würde.

Liegt übrigens ein Duldungsurteil wegen des Hauptanspruchs vor, dann kann auf Grund des Duldungsurteils auch wegen der Kosten in das eingebrachte Gut vollstreckt werden. Es bedarf nicht etwa eines ausdrücklichen, die Duldungspflicht auch hinsichtlich der Kostenlast aussprechenden Erkenntnisses (darüber s. unten § 19 IV).

7. Es fragt sich schließlich noch, ob ein Duldungsurteil auch in dem Falle zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut notwendig ist, wenn eine Ehefrau während des Güterstandes eine zum eingebrachten Gut fallende Erbschaft macht und gegen den Erblasser ein vollstreckbares Urteil vorliegt.

Die Frage ist zu bejahen. In einem solchen Falle kann allerdings gegen die Ehefrau als Gesamtrechtsnachfolgerin des verklagten und im Urteil bezeichneten Schuldners gemäß § 727 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Erblasser ergangenen Urteils erteilt werden, da das Urteil gemäß ZPO. § 325 Abs. 1 gegen sie wirksam ist. Diese Vollstreckungsklausel berechtigt jedoch noch nicht zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut, sie hat dem Manne gegenüber keine Wirksamkeit, und zwar auch nicht hinsichtlich der erst durch die Erbschaft zum eingebrachten Gut hinzugekommenen Sachen.[24])

[24]) So mit Recht Seuffert N. 5a zu § 727. Der vorstehende Fall ist nicht mit folgenden zu verwechseln: a) Der Erblasser stirbt nach Rechtshängigkeit, aber vor Erlaß eines Urteils. Dann wird das Verfahren gegen die Ehefrau als Gesamtrechtsnachfolgerin fortgesetzt, und es unterliegt keinem Zweifel, daß außer dem Urteil gegen die Frau ein Duldungstitel

III. Die Grundsätze des § 739 finden keine Anwendung auf den Fall, daß zu den Gegenständen, die durch Eingehung der Ehe eingebrachtes Gut werden, etwa eine im Streit befangene Sache gehört. In Ansehung einer solchen Sache kommt vielmehr der Mann hinsichtlich seines Nutzungsrechtes lediglich als Rechtsnachfolger in Betracht. Es finden also die Grundsätze der §§ 727, 325 Anwendung, d. h. es wird einfach gegen den Mann eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen die Frau ergangenen Urteils erteilt (Seuffert N. 6 zu § 739, N. 4b zu § 325; Petersen-Anger N. 1 zu § 739). Die Richtigkeit dieses Satzes läßt sich schon aus dem noch weitergehenden Grundsatz des § 742 folgern, wo bestimmt ist, daß allgemein, wenn der gesetzliche Güterstand erst nach Rechtshängigkeit eines gegen die Frau geführten Prozesses eintritt, zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut kein besonderer Duldungstitel erforderlich ist, vielmehr dann eine in Ansehung des eingebrachten Gutes vollstreckbare Ausfertigung des gegen die Frau ergehenden Urteils gegen den Mann gemäß §§ 727, 730, 732 erteilt werden kann.

§ 13.

2. Die Begründung.

Was muß der Gläubiger der Frauenschuld behaupten und im Bestreitungsfalle beweisen, um im Duldungsprozesse ein obsiegendes Urteil gegen den Mann zu erlangen?

1. Erster Klaggrund der Duldungsklage ist das Bestehen einer Frauenverbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger. Der Gläubiger muß also behaupten und beweisen, daß die Frau ihm eine gewisse Leistung schuldet (Seuffert N. 2 zu bα Abs. 3; Gaupp-Stein N. II, 3 zu § 739; Hase S. 366; KG. v. 4. 1. 1909, OLG. Bd. 20 S. 334). Der Beweispflicht — jedoch

gegen den Mann zur Vollstreckung in die Gegenstände der Erbschaft erforderlich ist. b) Es wird gegen eine Ehefrau als Erbin von einem Vermächtnisnehmer geklagt. Dann gilt natürlich dasselbe wie zu a (RG. vom 23. 5. 1911, BayZ. 1911 S. 365). c) Der Fall des § 742, wo ein gegen die Ehefrau geführter Rechtsstreit bei Eintritt des gesetzlichen Güterstandes bereits anhängig ist.

nicht der Behauptungspflicht — nach dieser Richtung wird der Gläubiger enthoben, wenn er im Frauenprozesse bereits ein dem Manne gegenüber wirksames Urteil erlangt hat. Dann kann er sich einfach auf das Urteil des Frauenprozesses hinsichtlich des Bestehens der Frauenverbindlichkeit berufen. Andernfalls muß auch im Duldungsprozesse das Bestehen der Frauenverbindlichkeit dem bestreitenden Manne gegenüber nachgewiesen werden, ohne Rücksicht darauf, ob über diese Frage bereits im vorhergehenden Duldungsprozesse entschieden worden ist (vgl. RG. vom 21. 11. 1904 Bd. 59 S. 234; s. oben § 11 III).

II. Ferner muß die im Streit befangene Frauenverbindlichkeit eine solche sein, für die das eingebrachte Gut haftet (Vollschuldqualität der Frauenverbindlichkeit). Die Haftung des eingebrachten Gutes für eine Verbindlichkeit der Frau ist aber gemäß BGB. §§ 1411ff. gegeben:

1. allgemein, wenn die Schuld der Frau vor der Ehe entstanden ist;

2. wenn jedoch die Schuld erst nach Eingehung der Ehe begründet ist, nur dann, wenn entweder der Mann seine Zustimmung zur Eingehung der Verbindlichkeit gegeben hat, oder wenn es seiner Zustimmung im Einzelfalle nicht bedurfte (s. BGB. § 1412 Abs. 1 in Verb. mit §§ 1401, 1402, 1405).

Nur in diesen Fällen können die Frauengläubiger „ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verlangen".

Was die Beweislast angeht, so muß nach herrschender Ansicht bei vor der Eingehung der Ehe abgeschlossenen Rechtsgeschäften der Ehemann beweisen, wenn er die Haftung bestreitet. Bei nach Abschluß der Ehe eingegangenen Rechtsgeschäften ist es Sache des Gläubigers, zu beweisen, daß der Mann zugestimmt hat oder seine Zustimmung nicht erforderlich ist (vgl. Staudinger N. 6 zu § 1411; Schmidt-Habicht N. 8 zu § 1411; Opet-Blume N. 8; abw. Crome § 580 I, 1 N. 9; Wieruszowski Bd. 2, 2 § 19 S. 392 N. 42).

III. Bestritten ist, ob als Klaggrund auch das Bestehen der Ehe und des gesetzlichen Güterstandes unter den Ehegatten aufzufassen ist.

Die Frage ist zu bejahen. Denn eine Voraussetzung — und damit Klaggrund im Sinne von § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. — für die Existenz des Duldungsanspruchs gegen den Mann ist das Bestehen des gesetzlichen Güterstandes und der damit zusammenhängenden Rechte des Mannes am eingebrachten Gut. Die Klage ist also unbegründet, wenn z. B. bei Beginn der Rechtshängigkeit Gütertrennung bestand. Wird während des Prozesses Gütertrennung vereinbart, so ist die Duldungsklage nunmehr unbegründet. Der Gläubiger muß dann, um kostenpflichtige Abweisung zu vermeiden, den Antrag gegenüber dem Manne auf die Prozeßkosten beschränken.

Dieser Klaggrund muß deshalb auch in der Klage angegeben werden.[1]) Man kann dagegen nicht etwa einwenden, daß das Bestehen des gesetzlichen Güterstandes die Regel sei und deshalb nicht ausdrücklich behauptet zu werden brauche. Denn der Umstand, daß die den Klageantrag begründende Tatsache dem gesetzlichen Regelfall entspricht, kann den Kläger nicht von seiner Behauptungslast, sondern höchstens von seiner Beweislast entbinden. Es ist Sache des Beklagten, der das Nichtbestehen des gesetzlichen Güterstandes behauptet, seinerseits zu beweisen, daß ein anderer Güterstand vereinbart ist.

Wenn also das Bestehen des gesetzlichen Güterstandes in der Klage nicht behauptet ist, kann und darf es vom Gericht nicht berücksichtigt werden. Es könnte also z. B. keine Versäumnisentscheidung ergehen (ZPO. § 331).

IV. Fraglich kann sein, ob im Duldungsprozesse behauptet und bewiesen werden muß, daß der Widerstand des Mannes gegen die Zwangsvollstreckung zu befürchten sei. Die Frage spitzt sich dahin zu, ob die Duldungsklage regelmäßig als gewöhnliche Klage gemäß § 253 ZPO., d. h. als Klage auf gegenwärtige Leistung, anzusehen ist oder als eine Klage auf zukünftige Leistung im Sinne von § 259! Im letzteren Falle müßte dann

[1]) Kraus S. 227; Walsmann S. 22; Jolly S. 449; Hase S. 368; Seuffert N. 2 zu b. Abw. Gaupp-Stein N. II, 3 zu § 739 (Der Güterstand muß nur angegeben werden, wenn er nicht der gesetzliche ist); Hein S. 244 (Es muß höchstens die Tatsache angegeben werden, daß die Ehegatten nicht in Gütertrennung leben).

das Vorliegen der Voraussetzung des § 259 behauptet und bewiesen werden.[2])

Man könnte zu der zweiten Annahme aus dem Gedankengang heraus kommen, daß von einer Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung eigentlich erst die Rede sein könne, wenn ein Urteil gegen die Frau erlangt sei, ja strenggenommen erst mit dem Beginne der in das Vermögen der Frau stattfindenden Vollstreckungshandlungen. Denn dann komme ja erst eine Zwangsvollstreckung und eine Duldung seitens des Mannes in Betracht. Wer so argumentiert,[3]) müßte dann bei gemeinsamer Erhebung der Klagen die Duldungsklage stets als Klage auf zukünftige Leistung auffassen.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht beigetreten werden.[4])

Sie würde zunächst zu durchaus unpraktischen Resultaten führen: Die Klage gegen den Mann würde danach bei gemeinsamer Erhebung der Klagen stets abzuweisen sein, wenn nicht die Befürchtung gerechtfertigt wäre, daß der Mann sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, also die Vollstreckung nicht dulden werde.[5]) Das Vorliegen dieser Besorgnis wird aber häufig sehr schwer nachzuweisen sein, denn der Mann wird meist gar keine Veranlassung haben, ein Verhalten an den Tag zu legen, aus dem jene Besorgnis geschlossen werden könnte. Demnach müßte der Gläubiger, dem es schon unangenehm sein mag, zwei Gegner zu haben, regelmäßig zwei aufeinanderfolgende Klagen erheben. Eine besondere Schwierigkeit würde noch in all den Fällen entstehen, wo es sich nicht um Pfändung von beweg-

[2]) An dieser Stelle sei darauf verwiesen, daß die Anhänger der Feststellungstheorie (oben § 6) als weiteren Klaggrund stets das Vorliegen des Feststellungsinteresses gemäß ZPO. § 256 verlangen müssen. Vgl. Hoppe S. 26/27.

[3]) So Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 318/19; vgl. Walsmann S. 23; Weinhagen S. 43.

[4]) Ebenso Seuffert N. 2 zu b zu § 739; Gaupp-Stein N. II, 3; Weinhagen S. 44; Walsmann S. 22. Abw. Jolly S. 454; wohl auch Hein S. 273.

[5]) Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 319; vgl. RG. Bd. 6 S. 397 (hier wird die Klage abgewiesen, weil es ungewiß sei, wie der Mann sich nach Rechtskraft des Urteils einer Vollstreckung gegenüber verhalten werde, obgleich der Mann die Schuld der Frau bestritten hatte. Altes Recht!)

lichen Ehegutssachen handelt, wo also auf alle Fälle ein Duldungstitel zur Zwangsvollstreckung erforderlich ist und ein Versuch, ob der Mann vielleicht auch ohne Titel duldet, wie im Falle des § 809 ZPO., nicht möglich ist. Wie soll dann der Gläubiger verfahren, wenn der Ehemann erklärt, ohne daß in die Ernsthaftigkeit seiner Erklärung Zweifel zu setzen sind, daß er bereit sei, die Zwangsvollstreckung zu dulden?

Man muß vielmehr unterscheiden:

1. Der Leistungsanspruch ist bereits fällig: dann ist auch für die Duldungsklage von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen, daß wenn der Klageanspruch fällig ist, eine Klage nach ZPO. § 253, wenn er nicht fällig ist, eine Klage auf zukünftige Leistung gemäß ZPO. § 259 vorliegt. Hinsichtlich der Fälligkeit des Duldungsanspruchs gilt jedoch eine Besonderheit: Der Duldungsanspruch wird nämlich in dem Augenblicke fällig, in dem der Leistungsanspruch fällig wird. Der Grund dafür liegt einmal darin, daß der Duldungsanspruch im Verhältnis zum Leistungsanspruch ein akzessorischer ist und mithin hinsichtlich der Fälligkeit vom Leistungsanspruch abhängig ist (s. oben § 9 II, III). Ferner läßt sich dafür anführen, daß der Duldungsanspruch richtiger Ansicht nach nur eine Erscheinungsform des Anspruchs auf Duldung der Befriedigung ist (s. oben § 9 I, 2) und deshalb fällig wird, wenn dieser fällig wird. Der Anspruch auf Duldung der Befriedigung aus dem eingebrachten Gut ist aber natürlich fällig, sobald der Anspruch gegen die Frau selbst fällig ist, denn sobald die Forderung erfüllt werden kann, ist auch für den Mann die Möglichkeit gegeben, zu dulden, daß die Forderung aus dem eingebrachten Gut befriedigt wird (vgl. Walsmann S. 23; Weinhagen S. 44. Im Resultat übereinstimmend Heilwig S. 322).

Wenn also der Leistungsanspruch fällig ist, ist die Duldungsklage niemals eine Klage auf zukünftige Leistung im Sinne von ZPO. § 259, ihre Zulässigkeit ist also nicht mehr abhängig von dem Vorliegen der Voraussetzungen dieses Paragraphen. Dieser Satz gilt, weil er auf dem Prinzip der Akzessorietät der Ansprüche beruht, sowohl im Falle der getrennten wie der gemeinsamen Klagerhebung (s. oben § 10 II).

2. Wie ist jedoch die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Leistungsanspruch noch nicht fällig ist? In diesem Falle muß man richtiger Ansicht nach unterscheiden:

a) Wenn die Klagen verbunden geltend gemacht werden, dann muß es für genügend erachtet werden, wenn der Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen des § 259 für die Leistungsklage geführt ist.[6]) Für die Duldungsklage ist ein besonderer Nachweis entbehrlich. Das folgt aus dem Gedanken der Akzessorietät der beiden Klagen (vgl. Walsmann S. 28; abweichend Weinhagen S. 44). Die entgegengesetzte Ansicht würde zu einem recht wenig praktischen Ergebnis führen, denn auch jetzt tritt die oben erwähnte Schwierigkeit in die Erscheinung, nämlich nachzuweisen, daß der Mann im Einzelfalle Anlaß zur Besorgnis gegeben habe, er werde nicht dulden. Bei Nichtfälligkeit der Ansprüche gegen die Frau hat der Mann übrigens noch viel weniger Anlaß, Grund zu der Befürchtung des § 259 zu geben. Eine Klage gegen die Frau allein wird gerade im Falle des § 259 für den Gläubiger wenig Wert haben (so mit Recht Walsmann S. 28).

b) Wenn aber die Klagen getrennt erhoben werden, dann muß bei Nichtfälligkeit des Leistungsanspruchs — und damit auch des Duldungsanspruchs — auch für die Duldungklage die Voraussetzung des § 259 vorliegen. Denn in diesem Falle kann der Grundsatz der Akzessorietät der Klagen keine Geltung beanspruchen.[7]) Das Resultat erscheint auch durchaus billig. Es wird übrigens auch sehr selten vorkommen, daß bei Nichtfälligkeit des Leistungsanspruchs die Duldungsklage getrennt von der Leistungsklage und insbesondere vor ihr erhoben wird.

V. Als Klaggrund für die Duldungsklage ist schließlich nicht anzusehen das tatsächliche Vorhandensein von ein-

[6]) s. den ähnlichen Gesichtspunkt oben § 12 II, 3a: Bei einer Feststellungsklage gegen die Frau wird das Vorliegen des nach § 256 geforderten Interesses auch dem Manne gegenüber präsumiert.

[7]) Damit steht keineswegs im Widerspruch, daß oben Ziff. 1 a. E. der Grundsatz der Akzessorietät der Ansprüche auch für den Fall getrennter Klagerhebung als anwendbar erklärt ist. Der Grundsatz der Akzessorietät der Klagen gilt jedenfalls nur für den Fall der gemeinsamen Erhebung der Klagen (s. oben § 10 II).

gebrachtem Gut[8]) (so mit Recht Seuffert a. a. O.; Walsmann S. 22, 30; Hein S. 244). Wenn auch zur Zeit der Verurteilung des Mannes kein eingebrachtes Gut vorhanden ist, so ist doch, da ja das eingebrachte Gut dem fortwährenden Wechsel unterliegt, die Möglichkeit vorhanden, daß die Frau nachträglich solches Vermögen erwirbt.[9]) Dem Gläubiger kann nicht die Möglichkeit genommen werden, die Vollstreckung so lange hinauszuschieben, bis eingebrachtes Gut vorhanden ist. Denn es ist zu beachten, daß die Duldungspflicht des Mannes zeitlich keiner Grenze unterliegt und nicht eher aufhört, als bis die Forderung getilgt ist oder der gesetzliche Güterstand aufhört. Sonst müßte der Mann ja stets von neuem die Duldungsklage erheben und dabei der Gefahr ausgesetzt sein, bei etwa erfolgtem erneuten Fortfall des eingebrachten Gutes wieder mit der Klage abgewiesen zu werden. Da schließlich auch die Verurteilung im allgemeinen, insbesondere auch die der Frau zur Leistung, keineswegs durch die Möglichkeit der sofortigen Vollstreckung bedingt ist, kann auch die Verurteilung des Mannes nicht abhängig gemacht werden vom Vorhandensein des eingebrachten Gutes.

Demzufolge bedarf es in der Klage auch keiner Bezeichnung einzelner Gegenstände des eingebrachten Gutes (Gaupp-Stein N. II, 3 zu § 739), wenn letzteres auch vielleicht unter Umständen empfehlenswert sein mag (Jolly S. 460).

Handelt es sich aber um Objektsansprüche — z. B. Anspruch auf Herausgabe einer Sache —, dann ist natürlich Voraussetzung des Duldungsanspruchs, daß die betreffende Sache zum eingebrachten Gut gehört. Es bedarf aber wohl für den Regelfall keiner besonderen Darlegung der Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut. Wenn es sich allerdings um eine Sache im Sinne von BGB. § 1366 handelt, dann besteht die Vermutung, daß sie nicht eingebrachtes Gut, sondern Vorbehaltsgut ist. Eingebrachtes

[8]) Denn die Verpflichtung des Mannes ist eine persönliche Pflicht, keine Realobligation, keine durch das Vorhandensein von eingebrachtem Gut bedingte Obligation.

[9]) Dieselbe Argumentation spielt auch eine Rolle bei der Frage nach dem Streitwert der Duldungsklage (s. unten § 14 II).

Gut könnte sie nur durch besonderen Ehevertrag sein. Danach müßte der Gläubiger in einem solchen Falle das Bestehen eines Ehevertrages behaupten und event. beweisen (Hein S. 245).

VI. Anhangsweise sei noch die Frage der Klagänderung gestreift. Kann ein Antrag auf Leistung gemäß § 268 Ziff. 2 ZPO. in einen Anspruch auf Duldung geändert werden und umgekehrt? Es mag zugegeben werden, daß ein solcher Fall praktisch denkbar ist, wenn er auch sicher selten sein wird. Eine Klagänderung im Sinne von § 268 Ziff. 2 ist jedoch nicht zuzulassen. Denn sie wäre nur möglich mit „Änderung des Klaggrundes", da der Klaggrund beider Ansprüche ein verschiedener ist (s. oben den Klaggrund II; vgl. Gaupp-Stein N. 54 zu § 268. Abweichend Hein S. 250 unter eigenartiger Auslegung des Wortes Klaggrund). Damit ist auch die Frage verneint, ob das Gericht an Stelle des beantragten Leistungsbegehrens etwa ein Urteil auf Duldung erlassen könnte (abweichend ebenfalls Hein S. 249).

§ 14.

3. Der Streitwert.

I. Die Frage nach dem Streitwert der Duldungsklage ist, abgesehen von der Höhe und Berechnung der Gerichtskosten, von Wichtigkeit

1. für die Frage der sachlichen Zuständigkeit der Duldungsklage (s. unten § 16 II, 2 a),

2. für die Frage der Kostenverteilung bei gemeinsamer Erhebung der Klagen gemäß § 100 Abs. 1 u. 2, nämlich nach der Richtung, ob eine erhebliche Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit anzunehmen ist, oder ob die Kosten stets gleichmäßig auf beide Ehegatten zu verteilen sind (s. unten § 19 II, 3 b).

Die Frage sei hier zusammenfassend erörtert.

II. Nach § 3 ZPO. wird der Wert des Streitgegenstandes von dem Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Das Ermessen des Gerichts wird sich aber nach der Richtung hin zu entscheiden haben, daß als der Streitwert der Duldungsklage stets der Betrag bezw. der Wert der gegen die Frau eingeklagten

Forderung anzusehen ist.[1]) Denn der Streitgegenstand kann auch im Duldungsprozeß nur durch das Interesse gebildet werden, das der Kläger an der Verwirklichung seiner Forderung hat. Da nun der Ehemann im Duldungsprozesse auch Einwendungen erheben kann, die den Bestand der Frauenverbindlichkeit betreffen (s. unten § 15 I), da mit anderen Worten das Bestehen der Frauenverbindlichkeit auch im Duldungsprozesse festgestellt werden muß, so folgt daraus, daß hinsichtlich des Streitgegenstandes keine Verschiedenheit zwischen der Duldungsklage und der Leistungsklage bestehen kann, vielmehr der Streitwert bei beiden Klagen stets gleich ist, nämlich dem Forderungsbetrage der Frauenschuld entspricht.

III. Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, daß der Betrag der Forderung gegen die Frau nur die Höchstgrenze für den Streitwert der Duldungsklage bilden könne, daß aber in bestimmten Fällen der Streitwert der Duldungsklage geringer sein könne als der der Leistungsklage.

1. So wird z. B. behauptet, daß wenn das eingebrachte Gut nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers ausreiche, dann für die Wertbestimmung des Streitgegenstandes der Duldungsklage nur der geringere Wert des vorhandenen eingebrachten Gutes zum Anhalt genommen werden könne, daß also der Streitwert der Duldungsklage den Wert des eingebrachten Gutes nicht übersteigen dürfe (analoge Anwendung des § 6 Satz 2 ZPO.).[2])

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Wert des vorhandenen eingebrachten Gutes kann nicht maßgebend für den Streitwert der Duldungsklage sein, denn das eingebrachte Gut ist ja dem fortwährenden Wechsel unterworfen („veränderlicher Rechtskreis"). Selbst wenn also einmal für eine bestimmte

---

[1]) So Petzoldt in JurW. 1902 S. 335; Walsmann S. 27; Lessing im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 354; Roth S. 28; Hein S. 221; vgl. Hellwig Bd. 2 S. 200; OLG. Dresden v. 22. 9. 1900, Sächs. OLG. Bd. 22 S. 268.

[2]) So Gaupp-Stein (8/9) N. II, 2 zu § 739, (10) N. III, 3 zu § 6; Seuffert (11) N. 5 zu § 6; Petersen-Anger N. 6 zu § 739; Rittmann (2) S. 261; OLG. Dresden v. 10. 6. 1901, Sächs. OLG. Bd. 22 S. 360, Bd. 27 S. 75; KG. OLG. Bd. 11 S. 43.

Zeit der Betrag der Frauenverbindlichkeit den Betrag des eingebrachten Gutes übersteigt, so kann doch das eingebrachte Gut jeden Augenblick durch quantitative Zunahme oder qualitative Wertsteigerung den Betrag der Forderung wieder erreichen, zumal ja die Duldungspflicht keiner zeitlichen Grenze unterliegt, sondern bis zur Tilgung der Frauenschuld oder Beendigung des Güterstandes fortdauert.[3]) Außerdem würden aber auch praktische Schwierigkeiten entstehen, wenn man den Wert des eingebrachten Gutes maßgebend sein lassen wollte. Denn dann müßte ja der Schuldner schon zum Zweck der Ermittlung des Streitwertes sein Vermögen offenlegen, während er dazu regelmäßig nur nach geschehener Verurteilung im Wege des Offenbarungseidsverfahrens angehalten werden kann. Der Gedanke des § 6 ZPO. kann also hier nicht angewandt werden.[4])

2. Nach einer anderen Ansicht soll der Betrag der Frauenverbindlichkeit nur dann zugrunde gelegt werden können, wenn der als Vollstreckungsobjekt angenommene Nießbrauch des Ehemanns im $12^1/_2$fachen Betrage nicht einen geringeren Wert hat (vgl. ZPO. § 9).[5])

Gegen diese Ansicht läßt sich anführen, daß der Nießbrauch des Mannes überhaupt nicht Vollstreckungsobjekt sein kann, da nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 861 ZPO. das Recht des Mannes am eingebrachten Gut der Pfändung nicht unterworfen ist (s. oben § 4 I S. 12).

IV. Nach der Ansicht von Du Chesne S. 8 ist der Streitwert der Duldungsklage — bei getrennter Durchführung der Klagen — als unschätzbar im Sinne von GKG. § 10 anzusehen, da der zugrunde liegende Anspruch zwar privatrechtliche Form, aber keinen vermögensrechtlichen Inhalt habe. Mit der irrigen Grundanschauung von Du Chesne (s. oben § 6 a. E. S. 25) fällt auch diese Folgerung seiner Ansicht.

---

[3]) s. den ähnlichen Gedankengang oben § 13 V zur Abwehr der Lehre, daß das tatsächliche Vorhandensein von eingebrachtem Gut Klaggrund der Duldungsklage sein könne.

[4]) vgl. dazu Lessing a. a. O. S. 534 Anm. 14; Hein S. 220; Walsmann S. 27.

[5]) OLG. München v. 28. 3. 1907 in BayZ. Bd. 3 S. 374; Hein S. 220 N. 2 (für die isolierte Klage).

V. Die hier verteidigte Ansicht, daß der Streitwert der Duldungsklage stets gleich dem Streitwert der Leistungsklage ist, muß gelten sowohl für den Fall gemeinsamer wie getrennter Erhebung der Klagen. Es ist nicht angängig, zu sagen, daß im ersten Fall die Duldungsklage keiner besonderen Bewertung unterliegen könne und im Streitwert des Hauptanspruchs aufgehe.[6]) Insbesondere kann diese Folgerung nicht aus dem Gedanken der Akzessorietät der Ansprüche und Klagen gezogen werden.

VI. Zu beachten ist, daß der § 5 ZPO. — Zusammenrechnung der Ansprüche bei Geltendmachung mehrerer Ansprüche — bei gemeinsamer Erhebung der Klagen keine Anwendung finden kann. Wie es bei streitgenössischer Belangung von Gesamtschuldnern keine Zusammenrechnung gibt, da die mehreren Ansprüche auf ein einheitliches Ziel gerichtet sind, so muß das auch hier gelten, da auch hier ein einheitlicher wirtschaftlicher Erfolg erstrebt wird, nämlich die Befriedigung der Frauengläubiger. Sonst könnte sich das eigentümliche Resultat ergeben, daß die Klagen bei gemeinschaftlicher Erhebung vor die Landgerichte, bei isolierter Klagerhebung vor die Amtsgerichte gehören.[7])

II. Die Durchführung des Prozesses.

§ 15.

1. Die materiellrechtlichen Einwendungen des Mannes.

I. Der Ehemann kann regelmäßig im Duldungsprozesse, um ein obsiegendes Urteil zu erlangen, alle diesen Zweck verfolgende Einwendungen geltend machen. Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

[6]) So Du Chesne S. 8; Roth S. 29; OLG. München v. 28. 3. 1907 in BayZ. Bd. 3 S. 374 („weil der Anspruch auf Duldung nur ein Anhängsel des Hauptanspruchs ist"). Anscheinend auch Lessing S. 533/34; wie hier Walsmann S. 33; vgl. Petzoldt in JurW. 1902 S. 337.

[7]) vgl. Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 194; Hein S. 222; Rittmann (2) S. 39; RG. im Recht Bd. 10 S. 185. Auf die akzessorische Natur berufen sich auch hier OLG. Dresden, Sächs. OLG. Bd. 27 S. 75; OLG. München in BayZ. München Bd. 3 S. 374.

1. Der Ehemann kann zuerst regelmäßig das Bestehen der Frauenverbindlichkeit bestreiten, d. h. er kann Einwände geltend machen, die den Bestand des Anspruchs der Frau selbst berühren, sei es, daß er behauptet, der Anspruch sei gar nicht entstanden, oder er sei durch Befriedigung usw. vernichtet, sei es, daß er Einreden anderer Art vorbringt. Denn das Bestehen der Frauenverbindlichkeit muß auch dem Manne gegenüber festgestellt werden, auch dann, wenn die Frau ihre Schuld anerkannt hat oder verurteilt ist.[1]) Der Ehemann hat sogar hinsichtlich des Vorbringens von Einwänden der genannten Art noch weitergehende Rechte, da er ja die gegen die Frau eingeklagte Forderung auch durch Aufrechnung zur Aufhebung bringen kann (vgl. § 1376 Ziff. 2), eine Befugnis, die der Frau im gesetzlichen Güterstande regelmäßig fehlt (Planck N. 9a zu § 1411; Walsmann S. 30).

Materiellrechtliche Einwendungen gegen das Bestehen der Frauenverbindlichkeit kann der Ehemann jedoch in den Ausnahmefällen nicht geltend machen, wo das Urteil des Leistungsprozesses auch ihm gegenüber wirksam ist (s. BGB. §§ 1400 ff.; Struckmann-Koch N. 2 zu § 739).

2. Natürlich kann der Mann auch solche Einwendungen erheben, die aus seinem Verwaltungsrecht hervorgehen, insbesondere kann er die Haftbarkeit des eingebrachten Gutes für die gegen die Frau geltend gemachte Verbindlichkeit bestreiten, mit anderen Worten, die Vollschuldqualität der Ehefrauenverbindlichkeit verneinen.[2])

3. Dagegen kann der Ehemann keinen Einwand aus dem Nichtvorhandensein von eingebrachtem Gut herleiten, denn das tatsächliche Vorhandensein von Gegenständen des eingebrachten Gutes ist ja nicht Voraussetzung des dem Manne zustehenden Rechtes und gehört ja auch nicht zur Begründung der Duldungsklage.[3])

[1]) vgl. Ullmann S. 220; Staudinger N. 7a zu § 1411; Struckmann-Koch N. 2 zu § 739; Hase S. 366; Walsmann S. 30; Weinhagen S. 46; vgl. oben § 14 II, unten § 16 II, 2a, § 19 IV, 3b.

[2]) Ullmann S. 220; Struckmann-Koch N. 2 zu § 739; Roth S. 17; Walsmann S. 30; Lessing S. 533; Weinhagen S. 46.

[3]) s. oben § 13 V; Walsmann S. 30.

II. Das Gesagte gilt sowohl für den Fall gemeinsamer wie getrennter Erhebung der beiden Klagen (Walsmann S. 33).

§ 16.

2. Die Rechtsverhältnisse bei gemeinsamer Erhebung der Klagen.

I. Allgemeines.

1. Die gemeinsame Erhebung der Klagen (s. auch oben § 10 III, 1 a) bildet in den weitaus meisten Fällen die Regel, vor allem auch wegen der damit für den Gläubiger verbundenen Vorteile:

a) Die gemeinsame Erhebung der Klagen bedeutet für den Gläubiger meist eine wesentliche Erleichterung, da er beide Prozesse in einem Verfahren durchführen kann und insbesondere das Bestehen der Frauenverbindlichkeit nur einmal nachzuweisen braucht.[1])

b) Die gemeinsame Klagerhebung hat ferner die vom Gläubiger jedenfalls häufig gern gewünschte Folge, daß der Ehemann damit Partei und in dem gemeinsamen Prozesse zeugnisunfähig für den Leistungsprozeß wird.[2]) Die Ehefrau, der es häufig auf das Zeugnis des Ehemannes ankommen wird, wird dadurch stark benachteiligt. Gegen diese unangenehme Folge der gemeinsamen Klagerhebung gewährt die Zivilprozeßordnung kein ausreichendes Mittel (s. die eingehenden Ausführungen darüber von Linsmayer in ZZP. Bd. 33 S. 34ff.). Als einzig erfolgversprechende Maßnahme kommt wohl nur die unten Ziff. 3

---

[1]) Bei getrennter Klagerhebung bedarf es im Duldungsprozesse regelmäßig eines neuen Nachweises der Frauenverbindlichkeit, wenn nicht etwa das Urteil des Leistungsprozesses Rechtskraft schafft, auch im Verhältnis des Gläubigers zum Manne. Ausnahmsweise kann allerdings auch bei gemeinsamer Klagerhebung zweimal darüber prozessiert und entschieden werden müssen (s. oben § 11 I Ziff. 2).

[2]) Linsmayer in ZZP. Bd. 33 S. 34; Gaupp-Stein (10) N. II, 3 zu § 61; Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 165; Skonietzki-Gelpcke N. 2Adα; Petersen N. 6; RG. Bd. 29 S. 370, Bd. 72 S. 218. — Das muß allgemein gelten, also auch für den Fall, daß es sich nur um solche Tatsachen handelt, die lediglich das Streitverhältnis des anderen Streitgenossen zum Kläger betreffen. So mit Recht Skonietzki-Gelpcke a. a. O. Abw. Gaupp-Stein N. II, 6 zu § 61. Vgl. auch Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 135.

besprochene Trennung der in einer Klage erhobenen Ansprüche in Frage.

2. Für den jetzt besprochenen Fall der gemeinsamen Erhebung der Klage erhält der oben (§ 10 II) entwickelte Grundsatz der Akzessorietät der beiden Klagen eine wichtige und die Rechtsverhältnisse in entscheidender Weise beeinflussende Bedeutung (s. unten II—V). Dagegen hat der Grundsatz der Akzessorietät der Klagen für den Fall getrennter Klagerhebung keine wesentliche Bedeutung.

3. Das Gericht hat das Recht, anzuordnen, daß die beiden zunächst in einer Klage erhobenen Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden[3]) (ZPO. § 145). Die Rechtslage ist dann dieselbe, wie wenn die beiden Prozesse von Anfang an getrennt geführt worden wären. Nur verbleibt es bei allen denjenigen Rechtsfolgen, die bereits aus der gemeinsamen Erhebung der Klagen — namentlich infolge des Grundsatzes der Akzessorietät — entstanden sind. Ist z. B. durch die Verbindung der beiden Klagen für die Duldungsklage eine neue, vorher nicht begründete Zuständigkeit entstanden, so wird sie nicht etwa dadurch beseitigt, daß das Gericht nachträglich die Trennung der Prozesse anordnet (arg. § 263 Abs. 2 Ziff. 2; Seuffert N. 3d zu § 145; Gaupp-Stein V zu § 145). Eine Folge der Trennung ist dann, daß die Vernehmung des Ehemanns als Zeugen im Prozesse gegen die Frau zulässig wird (s. oben 1b).

Eine solche Trennung steht allerdings regelmäßig im Ermessen des Gerichts (§ 145: „kann" anordnen). Man wird aber sagen können, daß das Gericht, wenn es zu der Überzeugung gelangt, daß die gleichzeitige Klagerhebung gegen den Mann den offensichtlichen Zweck hat, sein Zeugnis bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Frau auszuschalten, die Plicht hat, anzuordnen, daß die Ansprüche in getrennten Prozessen zu verhandeln seien. Denn vermöge seines Prozeßleitungsrechtes hat das Gericht die Pflicht, dafür zu sorgen, daß

---

[3]) Denn es handelt sich um einfache Streitgenossenschaft (s. unten III). Bei notwendiger Streitgenossenschaft wird die Trennungsbefugnis des Gerichts verneint. Vgl. Seuffert N. 2a Abs. 2 zu § 145; Gaupp-Stein (10) N. III zu § 145.

das Parteivorbringen, soweit es eines Beweises bedarf, von den Parteien in einer die Wahrheit zutage fördernden Weise mit Beweis vertreten werden kann (so Linsmayer in ZZP. Bd. 33 S. 38).

Nimmt das Gericht eine solche Trennung vor, dann wird es häufig den Rechtsstreit über die Verpflichtung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 148 bis zur Erledigung des Rechtsstreits über die Leistungspflicht der Frau aussetzen, nämlich dann, wenn der Ausgang des Leistungsprozesses für den Duldungsprozeß präjudiziell ist. Natürlich kann das Gericht in diesem Falle die angeordnete Trennung auch wieder aufheben (§ 150; Seuffert N. 2a Abs. 2 zu § 145).

4. Auch bei gemeinsamer Erhebung der Klagen, wenn also die beiden Ehegatten Streitgenossen sind (s. unten III), ist es sehr wohl möglich, daß der eine Ehegatte bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 66 — und diese werden regelmäßig vorliegen — dem andern Ehegatten, also ein Streitgenosse dem andern, als Nebenintervenient beitritt (vgl. hinsichtlich der getrennten Klagerhebung unten § 17 II, III, 5). Das hat eine wesentliche Bedeutung insofern, als es dadurch dem beitretenden Streitgenossen ermöglicht wird, für den anderen Streitgenossen im vollen Umfange des § 67 handeln zu können, was er als einfacher Streitgenosse nach den allgemeinen Regeln nicht kann, da ja dann die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen gegenüber bedeutungslos sind (s. unten III B Ziff. II).[4])

5. Die Klage gegen die Frau (Leistungsklage) bietet keine besonderen Schwierigkeiten. Denn durch die Eingehung der Ehe erleidet weder die Verpflichtungsfähigkeit der Frau (§ 1399 Abs. 1), noch ihre Prozeßfähigkeit (ZPO. § 52 Abs. 2), noch ihre Sachlegitimation zur Führung von Rechtsstreitigkeiten (§ 1400 Abs. 1) eine Einbuße. Es sei noch darauf hingewiesen, daß

[4]) Gaupp-Stein (10) N. I zu § 61, N. II, 2 Abs. 2 zu § 66; Hellwig S. 332. — Das bedeutet übrigens keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Wirkung der einfachen Streitgenossenschaft (s. unten III B Ziff. V). Über den Unterschied dieses Falles von der sogen. „streitgenössischen Nebenintervention“ des § 69 s. ebenda.

das Leistungsurteil des § 739 auch durch jeden anderen Titel der Zivilprozeßordnung ersetzt werden kann (s. oben § 10 I, 2).

Dagegen bietet die Durchführung der Duldungsklage bei gemeinsamer Klagerhebung mannigfache Besonderheiten, die nachstehend (II—V) erörtert werden sollen.

6. Die Ehegatten sind nicht verpflichtet, einen gemeinsamen Prozeßvertreter zu bestellen. Die Frage ist bedeutsam für die Kostenerstattung im Falle gesonderter Vertretung: Die Kosten einer solchen besonderen Vertretung sind ohne weiteres erstattungsfähig (s. unten § 19 VIII).

II. Die Frage der Zuständigkeit.

1. Örtliche Zuständigkeit.

Für den Fall gemeinsamer Erhebung der Klagen macht die Frage der Zuständigkeit keine Schwierigkeit, wenn für beide Klagen der gleiche allgemeine oder besondere Gerichtsstand begründet ist. Da nun die Ehefrau regelmäßig den Wohnsitz des Mannes und damit den allgemeinen Gerichtsstand des § 12 teilen wird, so werden für den Regelfall aus dem Gesichtspunkt der örtlichen Zuständigkeit der gemeinsamen Klagerhebung keine Hindernisse entstehen.

Können jedoch auch dann, wenn für die Klage gegen den Ehemann nicht der gleiche Gerichtsstand begründet ist wie für die Klage gegen die Frau, beide Klagen gemeinsam erhoben werden? In Betracht kommt hier einmal der Fall, daß infolge verschiedenen Wohnsitzes ausnahmsweise für die beiden Ehegatten ein verschiedener allgemeiner Gerichtsstand begründet ist, und zweitens die Fälle, wo für die Klage gegen die Frau ein besonderer (vgl. ZPO. §§ 20 ff.) oder ausschließlicher Gerichtsstand (ZPO. § 24) begründet ist, der mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Mannes nicht übereinstimmt. Namentlich für den letzteren Fall ist die angeregte Frage von besonderer Bedeutung.

Man wird sich dahin zu entscheiden haben, daß auch bei Nichtübereinstimmung der Gerichtsstände eine Verbindung der

Klagen zulässig ist, daß also dann die Duldungsklage im Gerichtsstande der Leistungsklage erhoben werden kann. Der Grund dafür ist die Akzessorietät der beiden Klagen: Da die Duldungsklage im wesentlichen nur zur erfolgreichen Durchführung der Leistungsklage dient, so rechtfertigt es sich, den Gerichtsstand der Leistungsklage auch für die Duldungsklage zu verwenden.[5])

2. Sachliche Zuständigkeit.

a) Da die sachliche Zuständigkeit regelmäßig vom Wert des Streitgegenstandes abhängig ist (GVG. §§ 23 Ziff. 1, 70 Abs. 1), ist also hierfür die Vorfrage nach dem Wert des Streitgegenstandes der Duldungsklage entscheidend. Wie oben § 14 ausgeführt ist, entspricht richtiger Ansicht nach der Streitwert der Duldungsklage stets demjenigen der Leistungsklage. Daraus folgt aber, daß für den Regelfall hinsichtlich beider Klagen die gleiche sachliche Zuständigkeit begründet ist (Walsmann S. 27, 28; Hein S. 221).

b) Soweit sich ausnahmsweise die sachliche Zuständigkeit ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes bestimmt (GVG. §§ 23 Ziff. 2, 70 Abs. 2), soweit also ein Auseinandergehen der sachlichen Zuständigkeit hinsichtlich beider Klagen möglich ist, kann man wieder die Zulässigkeit gemeinsamer Klagerhebung in dem Falle, in dem der Leistungsprozeß vor der einen Gerichtsgattung zu führen ist und die Duldungsklage nach dem Streitwert vor die andere gehört, aus dem Gedanken der Akzessorietät der Klagen ableiten (Walsmann S. 28; Hein S. 224).

---

[5]) vgl. Walsmann S. 27; Endemann § 179 N. 46 S. 383; Roth S. 23; Weinhagen S. 48; Seuffert N. 4 zu § 29; Gaupp-Stein (10) N. II, 2; Hörle S. 84; Ullmann S. 217 N. 13 a. E.; Hein S. 216/17; Petersen-Anger a. a. O.; OLG. Dresden v. 12. 5. 1902, Sächs. OLG. Bd. 24 S. 151. Den Gedanken der Akzessorietät führen ausdrücklich als Begründung an: Walsmann, Endemann, Weinhagen, Ullmann, Roth. Gegen den Gedanken der Akzessorietät: KG. v. 16. 5. 1911, OLG. Bd. 22 S. 368: Das Vorliegen der örtlichen Zuständigkeit ist für jeden Streitgenossen besonders zu prüfen (zweifelnd hinsichtlich des ausschließlichen Gerichtsstandes!).

III. Die Streitgenossenschaft der Eheleute.

A. Grundsatz.

I. Wie oben § 10 III, 1 a ausgeführt ist, können die Ehegatten gemeinsam verklagt werden. In diesem Falle sind sie Streitgenossen, und zwar auf Grund des § 60 ZPO. (sogen. uneigentliche Streitgenossenschaft): es handelt sich wenn auch vielleicht nicht um gleichartige Ansprüche, so doch um „auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende" Ansprüche.[6])

Dann entsteht die Streitfrage, ob die Ehegatten in diesem Falle „einfache Streitgenossen" im Sinne von ZPO. § 61 sind, oder ob die Streitgenossenschaft eine „notwendige" im Sinne von ZPO. § 62 ist.[7])

II. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß die Streitgenossenschaft der Ehegatten keine notwendige ist.[8])

Eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von ZPO. § 62 liegt bekanntlich vor, wenn

---

[6]) Mit dem Hinweis auf § 60 ZPO. begründen die Streitgenossenschaft: Walsmann S. 24; Staudinger N. IV, 7a zu § 1411; Gaupp-Stein N. II, 4 Abs. 2; Schmidt-Habicht N. 3c zu § 1400; Lessing S. 530, 535; Weinhagen S. 46; Hochgürtel S. 26; Roth S. 19; Hein S. 212; vgl. Mot. Bd. 4 S. 258; KG v. 16. 5. 1911, OLG. Bd. 22 S. 368. Dagegen nehmen eine „uneigentliche Streitgenossenschaft" im Sinne von ZPO. § 59, also, da eine Rechtsgemeinschaft in Ansehung des Streitgegenstandes nicht in Frage kommt, Identität des Klaggrundes an: Linsmayer in ZZP. Bd. 33 S. 34, 35; Hoppe S. 32; ebenso logischerweise Hellwig und seine Anhänger.

[7]) Über den Begriff notwendiger Streitgenossenschaft vgl. RG. Bd. 60 S. 269.

[8]) So die weitaus herrschende Meinung: Staudinger N. 7a zu § 1411; Petersen-Anger N. 6 zu § 739, N. 11 zu § 62; Reincke-Wienstein Anm. a zu § 739; Geib Bd. 1 S. 363; Du Chesne S. 6; Weismann § 134a I, 7 S. 61; Gaupp-Stein N. II, 4a zu § 739; Jolly S. 453; Endemann Bd. 2, 2 § 179 S. 382; Lessing S. 530; Hörle S. 84; Schmidt, Lehrb. S. 851 Anm. 4; Linsmayer S. 37; Ullmann S. 217 Anm. 14; Hase S. 367; Roth S. 20; RG. v. 21. 11. 1904 Bd. 59 S. 234; KG. v. 23. 1. 1901. OLG. Bd. 2 S. 209; KG. v. 16. 5. 1911; OLG. Bd. 22 S. 368; vgl. RG. in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 846. Für notwendige Streitgenossenschaft erklären sich: Skonietzki N. 1d; Struckmann-Koch N. 2 zu § 739, N. 2a zu § 62; OLG. Jena v. 8. 11. 1902; im Recht 1902 S. 590.

a) das streitliche Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann — die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft ergibt sich hier aus der Art des Streitgegenstandes — oder

b) die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige ist — die Notwendigkeit ergibt sich aus den Rechtsverhältnissen unter den Streitgenossen. —[9])

Beide Fälle treffen hier nicht zu.

1. Bei der zweiten Alternative ist unbestrittenermaßen an solche Fälle gedacht, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes mehrere Personen nur gemeinschaftlich verklagt werden können, wo also die Unterlassung gemeinschaftlicher Klage dem Beklagten eine hierauf bezügliche Einrede gewährt, auf Grund deren dann der Kläger wegen Mangels der passiven Sachlegitimation abzuweisen ist (gemeinrechtliche exceptio plurium litisconsortium, z. B. BGB. §§ 365, 467; vgl. Seuffert N. 2 zu b zu § 62; Hochgürtel S. 27; Skonietzki N. 2 zu § 62).[10])

Wie aber bereits oben § 10 III, 1 b, 2 ausgeführt ist, besteht kein Zwang, die Eheleute nur in gemeinsamer Klage zu belangen. Ein solcher Zwang hätte keine gesetzliche Grundlage, und es fehlte zudem auch an inneren Gründen für eine solche Annahme. Selbstverständlich könnte das nicht etwa aus der besprochenen Akzessorietät der beiden Ansprüche und Klage gefolgert werden.

2. Aber auch die Voraussetzungen für die erste Alternative sind nicht gegeben.

a) Sie spricht davon, daß „das" streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, und folgert dann aus einer solchen Beschaffenheit des Streit-

[9]) Über das gegenseitige begriffliche Verhältnis dieser beiden Alternativen zueinander s. einerseits Seuffert N. 2b zu § 62, der die zweite Alternative als in der ersten enthalten ansieht und deshalb die zweite für „eigentlich überflüssig" erklärt, und andererseits Skonietzki N. 2c Abs. 2, der das Verhältnis als dasjenige kreuzender Begriffe annimmt und damit wohl das Richtige trifft.

[10]) vgl. noch die Begr. z. Entw. der ZPO. S. 82 bei Hahn, Die ges. Mat. zur ZPO. Abt. 1 S. 173.

gegenstandes die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. Sie geht also offenbar davon aus, daß nur ein Rechtsverhältnis besteht, allerdings verschiedenen Personen gegenüber.

Im Falle gemeinsamer Klagerhebung gegen zwei Ehegatten liegt nun aber nicht bloß ein streitiges Rechtsverhältnis, sondern es liegen zwei voneinander durchaus verschiedene Rechtsverhältnisse vor. Wenn auch die beiden Klagen und Rechtsverhältnisse in einem gewissen akzessorischen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, wenn sie auch eine gewisse gemeinsame Grundlage haben, so sind sie doch immerhin verschieden: in erster Linie dem Klaggrunde nach. Denn Voraussetzung der Verurteilung der Frau ist nur, daß eine ihr obliegende Verpflichtung dem Manne gegenüber besteht, während Voraussetzung der Verurteilung des Mannes außerdem noch das Bestehen der Haftung des eingebrachten Gutes für diese Frauenschuld ist. Dem Manne gegenüber muß also auch noch eine bestimmte Wesensart der Frauenschuld (Vollschuldqualität) festgestellt werden. Verschieden ist dann auch der Klagantrag in beiden Fällen: Hinsichtlich der Frau wird ein Urteil verlangt, gerichtet auf Bewirkung einer positiven Leistung, beim Manne dagegen lautet der Antrag lediglich auf ein passives Verhalten (RG. v. 21. 11. 1904 Bd. 59 S. 234).

Jedenfalls kann von einem einheitlichen Rechtsverhältnis nicht gesprochen werden, das streitige Rechtsverhältnis ist vielmehr in beiden Fällen ein anderes (Jolly S. 453 Anm. 21; Hochgürtel S. 28; Weinhagen S. 45/46; vgl. auch Hein S. 238).

b) Abgesehen davon, kann aber auch keine Rede davon sein, daß ein Zwang zu einheitlicher Feststellung des einen oder des anderen Streitverhältnisses vorliege: Die Klagen gegen den Mann und gegen die Frau können vielmehr sehr wohl entgegengesetzt entschieden werden, denn es kann — wegen Feststellung der Frauenschuld — die Frau zur Leistung verurteilt werden, während die Klage gegen den Mann wegen mangelnder Feststellung der Haftung des eingebrachten Gutes abgewiesen wird. Ferner ist es sehr wohl möglich, daß z. B. die Ehefrau ihre Verbindlichkeit anerkennt, während der Ehemann es auf einen Prozeß ankommen läßt und dann die Abweisung der Klage erreicht (s. oben § 11 I, 2; Linsmayer S. 37).

Daraus folgt aber, daß sehr wohl divergierende Entscheidungen möglich sind, also ein Zwang zu einheitlicher Feststellung nicht gegeben ist. Also auch die zweite Alternative notwendiger Streitgenossenschaft liegt nicht vor.[11])

III. Vereinzelt wird nun die Auffassung vertreten, daß die Ehegatten zwar regelmäßig einfache Streitgenossen seien, daß aber doch in besonderen Fällen eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegen könne.

1. So wird z. B. von einigen Schriftstellern ausgeführt, daß in den Ausnahmefällen, wo das gegen die Frau erstrittene Urteil auch dem Manne gegenüber wirksam sei, hinsichtlich der Frauenschuld eine einheitliche Feststellung notwendig und „deshalb" „in bezug hierauf" eine notwendige Streitgenossenschaft anzunehmen sei.[12])

Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß in den genannten Fällen der Gläubiger sich zwar auf ein gegen die Frau errungenes obsiegendes Urteil auch im Duldungsprozesse berufen und der Ehemann dann nicht mehr das Bestehen der Frauenverbindlichkeit in Abrede stellen kann. Wenn also insoweit auch in gewissem Sinne von der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung vielleicht gesprochen werden kann, so bezieht sich das doch immerhin nur auf die Frage des Bestehens der Frauenverbindlichkeit. Die Verpflichtung des Mannes hängt aber, wie oben (vgl. § 9 II) näher ausgeführt ist, von der weiteren Voraussetzung ab, daß auch die Haftung des eingebrachten Gutes für die Frauenschuld feststeht. Es ist also auch in den genannten Ausnahmefällen noch sehr wohl eine auseinandergehende Entscheidung möglich, da auch bei Verurteilung der Frau die Klage gegen den Mann noch abgewiesen werden kann, weil nämlich die Haftung des eingebrachten Gutes nicht nachgewiesen wurde. Eine Streitgenossenschaft ist vielmehr überhaupt nur dann eine notwendige, wenn das in Frage stehende Rechts-

[11]) vgl. Staudinger N. IV, 7a zu § 1411; Hochgürtel S. 28/29; vgl. auch Seuffert (11) N. 2 zu b α Abs. 1.

[12]) vgl. Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 326, Lehrb. Bd. 1 S. 330 Anm. 19; Planck N. 7 zu § 1400; Walsmann S. 29; Hoppe S. 33; Weinhagen S. 46.

verhältnis auf alle Fälle nur einheitlich festgestellt werden kann und die Rechtskraftwirkung ohne weiteres ausnahmslos eintritt, sobald das Rechtsverhältnis gegenüber dem einen Streitgenossen festgestellt ist. Die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung der Rechtsverhältnisse in diesem Sinne liegt hier aber nicht vor, mithin auch keine notwendige Streitgenossenschaft.[13])

2. Ein Ähnliches wird behauptet für den besonderen Fall, daß die Parteien lediglich über das Bestehen der Verpflichtung der Frau streiten, während die Haftung des eingebrachten Gutes unter ihnen für den Fall der Feststellung der Frauenschuld außer Streit ist.[14])

Diese Ansicht hat insofern etwas für sich, als in einem solchen Falle tatsächlich die Entscheidung hinsichtlich beider Klagen allein abhängt von dem Bestehen oder Nichtbestehen der Frauenschuld. Jedoch kann diese Ansicht nicht geteilt werden. Zunächst ist auch, wenn über die Haftung des eingebrachten Gutes kein Streit herrscht, eine divergierende Entscheidung ja schon deshalb sehr wohl möglich, weil die Frau den gegen sie gerichteten Anspruch anerkennen kann, während der Mann bei seinem Bestreiten verharrt und dann vielleicht Abweisung der Klage erreicht. Ferner ist zu beachten: Wenn die genannte Ansicht richtig wäre, dann müßte man also die Entscheidung der hier in Betracht kommenden Frage, ob das streitige Verhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, abhängig machen von der konkreten Prozeßlage, namentlich von den im einzelnen Falle geltend gemachten Verteidigungsgründen. Man wird aber die Frage, ob die Streitgenossenschaft eine notwendige im Sinne von § 62 ist, ganz unabhängig von der jeweiligen Verteidigung und der konkreten Prozeßlage beurteilen müssen, allein aus dem Klaggrunde heraus, und zwar schon deshalb, weil ja die Frage nach dem Vorliegen der notwendigen Streitgenossenschaft häufig schon

---

[13]) vgl. die vor allem gegen Hellwig gerichtete Argumentation von Hochgürtel S. 32/33; ferner Hein S. 241.

[14]) So Seuffert (9) N. 2 β zu § 62, N. 2 b α zu § 739; Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 136 (weniger deutlich in der neuesten Auflage), vgl. jedoch N. 2 a β zu § 62.

vor dem Eintritt in die Verhandlung entschieden werden muß, wenn z. B. ein Streitgenosse den ersten Verhandlungstermin versäumt. Es gehören also solche Fälle, in denen eine entgegengesetzte Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis an und für sich durchaus möglich ist, aber nach der konkreten Sachlage, insbesondere wegen der geltend gemachten Verteidigung, im einzelnen Falle das Streitverhältnis allen Streitgenossen gegenüber doch nur einheitlich festgestellt werden kann, niemals zur notwendigen Streitgenossenschaft des § 62. Die Frage der Anwendbarkeit des § 62 ZPO. ist unabhängig vom Prozeßverlauf.[15])

Hinzu kommt ein Weiteres: Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß bei der Frage der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses die konkrete Prozeßlage zur Entscheidung mit herangezogen werden kann, so ist damit für den Regelfall wenig gewonnen. Denn man muß dann berücksichtigen, daß die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung im Sinne von § 62 ZPO. nur dann gegeben ist, wenn wirklich die rechtliche Notwendigkeit einheitlicher Feststellung vorliegt, während es nicht genügt, daß nur eine logische Notwendigkeit gegeben ist.[16]) Die rechtliche Notwendigkeit einheitlicher Feststellung liegt aber nur dann vor, wenn nach gesetzlicher Vorschrift sich die Wirkung des gegen den einen Streitgenossen ergangenen Urteils stets auch gegen den anderen erstreckt. Das ist hier aber nur in den Ausnahmefällen der §§ 1411 f. der Fall. Nur in diesen Ausnahmefällen würde also auch derjenige, der sich Seuffert nach der Richtung anschließt, daß die jeweilige Prozeßlage mitentscheidend ist, die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung annehmen können. Läßt man aber die jeweilige Prozeßlage für die Entscheidung dieser Frage ganz außer Betracht, wie das hier verlangt wird, dann

[15]) s. über diese sehr strittige Frage Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 174 II, 1; Seuffert (11) N. 2 b β und die dortige Übersicht über Literatur und Praxis; Hochgürtel S. 29; Gaupp-Stein (9) N. 2 c; Petersen-Anger N. 2.

[16]) s. über diese ebenfalls strittige Frage Skonietzki-Gelpcke N. 1 zu § 62; Kleinfeller, Lehrb. S. 132; Seuffert N. 2 zu a β; vgl. Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 132; Schmidt, Lehrb. S. 849 Anm. 1; s. sonstige Literatur bei Hochgürtel S. 31 N. 13.

muß auch für diese Ausnahmefälle grundsätzlich die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung verneint werden, da ja auch dann noch, wie oben III, 1 ausgeführt, die Entscheidung beider Klagen verschieden ausfallen kann (vgl. zu den vorstehenden Ausführungen Hochgürtel S. 32).

Wir gelangen also zu dem Resultat, daß die beiden Ehegatten bei gemeinsamer Erhebung der Klage niemals notwendige Streitgenossen im Sinne von § 62 sind.[17])

B. Folgerungen.

I. Wenn die Streitgenossenschaft der Ehegatten im Falle gemeinsamer Erhebung der Klagen nur eine einfache im Sinne der §§ 59—61 ist, so hat das dann gemäß § 61 zur Folge, daß die Ehegatten dem Kläger dergestalt als einzelne gegenüberstehen, daß die Handlungen des einen dem andern weder zum Nachteile noch zum Vorteile gereichen. Dieser Grundsatz gilt nach der Bestimmung des § 61 nur dann nicht, wenn sich aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder der Zivilprozeßordnung etwas anderes ergibt. Soweit es sich dabei um Vorschriften des bürgerlichen Rechts handelt, ist u. a. an den Fall gedacht, daß im Prozeß ein Dispositionsakt eintritt, durch welchen etwa die Frau befreit wird. Dann wirkt das auch für den Mann, aber nur eben aus dem — im § 61 gemeinten — Gesichtspunkt der aus dem bürgerlichen Recht sich ergebenden Relevanz eines Rechtsvorganges, der in der Person des einen Streitgenossen eintritt, aber auch für den anderen Streitgenossen wirkt. Die Rechtslage ist dann nicht anders, als wenn im Prozesse des Hauptschuldners und des Bürgen dem ersteren von dem klagenden Gläubiger die Schuld erlassen wird.[18]) An

---

[17]) Eine Bejahung der Frage nach der notwendigen Streitgenossenschaft würde übrigens auch der an sich schon vorhandenen Neigung, beide Prozesse zu verbinden und damit für die Frau die unangenehme Wirkung hervorzurufen, daß der Mann im Prozeß als Zeuge ausgeschaltet wird, nur entgegenkommen. So Linsmayer S. 37; vgl. oben I, 1 b.

[18]) vgl. Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 326 N. 28; Skonietzki-Gelpcke N. 1 b zu § 61 (anscheinend nur mit Einschränkungen zustimmend). Abw. Seuffert N. 3 zu a zu § 61.

entsprechenden Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, die eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 61 vorschreiben, kommen wohl nur, abgesehen von den allein für die Streitgenossenschaft geltenden §§ 62 u. 472, die Bestimmungen der §§ 63 Satz 2, 85, 286 in Betracht.[19])

II. Der erwähnte Grundsatz des § 61 hat dann für den Duldungsprozeß dieselben Wirkungen wie sonst. Abgesehen von den Fällen des Versäumnis- und Anerkenntnisurteils, die unten (III, IV) noch kurz besprochen werden sollen, sei hier nur noch erwähnt:

Die beiden Prozeßrechtsverhältnisse sind in ihren Voraussetzungen und hinsichtlich ihrer Unterbrechung beim Fortfalle von Prozeßvoraussetzungen selbständig zu beurteilen. Jeder der Ehegatten kann sich besonderer Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden bedienen, ohne daß deren Erfolg auf den Ausfall des Prozesses für oder gegen den anderen Streitgenossen einwirkt. Zu beachten ist jedoch, daß trotz der erwähnten grundsätzlichen prozessualen Selbständigkeit hinsichtlich der Angriffs- und Verteidigungsmittel aus der Vereinigung der beiden Prozesse zum gemeinsamen Verfahren sehr häufig die entgegengesetzte Wirkung entspringt: werden nämlich von einzelnen Streitgenossen Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht, so gelten sie regelmäßig im Zweifel als für alle Streitgenossen vorgetragen, nämlich soweit sie alle angehen und die übrigen nicht selbst eine Erklärung abgeben (Gaupp-Stein N. II, 2 zu § 61; Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 148 ff.). Hinsichtlich der Beweismittel ist ferner noch von besonderem Einfluß, ob der Mann der Prozeßführung zugestimmt hat oder nicht, d. h. ob das Frauenurteil ihm gegenüber wirksam ist oder nicht. Wenn nämlich im Falle seiner Zustimmung im Verfahren gegen die Frau über das Bestehen der Frauenschuld Beweis erhoben ist, indem sie etwa einen ihr auferlegten Eid verweigert hat, dann ist es unzulässig und überflüssig, in dem Verfahren gegen den Mann noch einmal den Beweis zu erheben, etwa

[19]) vgl. Skonietzki-Gelpcke N. 2A zu § 61; Gaupp-Stein N. III zu § 61; Seuffert N. 3 zu b zu § 61.

ihm einen Eid aufzuerlegen. Wenn aber der Mann nicht zugestimmt hat, dann ist das Gericht in der Beweiserhebung völlig frei. Da nämlich der Mann dann die klagbegründenden Tatsachen leugnen und Einwendungen aller Art geltend machen kann, so muß es auch als zulässig erachtet werden, daß in dem darüber zu erhebenden Beweisverfahren ihm auch ein Eid auferlegt wird (Hase S. 368/69). Prozessuale Rechtswirkungen infolge Nichterklärung über Tatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen oder infolge der Verweigerung einer Eidesleistung treffen also im letzteren Falle nur denjenigen Streitgenossen, dem die Säumnis zur Last fällt. Das Geständnis des einen Ehegatten hindert den anderen Ehegatten nicht, dieselbe Tatsache zu bestreiten. Dabei ist aber zu beachten, daß die freie Würdigung des Inhalts einer Prozeßhandlung (Geständnis, Anerkenntnis, Versäumnis usw.) nicht auf das Verhältnis zu demjenigen Streitgenossen beschränkt ist, von dem oder gegen den die Parteierklärung abgegeben oder das Beweismittel vorgebracht ist. Der Richter kann also insbesondere das Geständnis des einen Ehegatten gegenüber dem anderen Streitgenossen verwerten. Gesetzliche Beweisregeln (§ 286 Abs. 2) greifen aber formell nur gegenüber demjenigen Streitgenossen Platz, der bezüglich der zu beweisenden Tatsache Beweisführer oder Beweisgegner ist. Die Fristen sind für die einzelnen Streitgenossen nach Anfang und Ende, Unterbrechung und Verlängerung gesondert zu berechnen. Ist nur der gegen den einen Streitgenossen erhobene Anspruch zur Entscheidung reif, ist z. B. die Frage nach dem Bestehen der Frauenverbindlichkeit genügend geklärt und damit die Leistungsklage zur Entscheidung reif, während über die Frage der Haftung des eingebrachten Gutes die Beweiserhebung noch nicht abgeschlossen ist, so hat das Gericht an sich hinsichtlich dieses Anspruchs ein Endurteil (Teilurteil) zu erlassen.[20]) Gerade im Falle der Verbindung der beiden Prozesse wird allerdings das Gericht häufig von der

[20]) Das Urteil des RG. (Bd. 55 S. 331) nimmt an, daß im Falle der Streitgenossenschaft von einem eigentlichen Teilurteil nicht gesprochen werden könne. Dagegen mit Recht Gaupp-Stein N. II, 1 Anm. 4 zu § 301, N. II, 4 Abs. 2.

ihm nach § 301 Abs. 2 eingeräumten Befugnis Gebrauch machen und von dem Erlaß eines Teilurteils absehen. Die Frist hinsichtlich des Eintritts der Rechtskraft der Urteile ist gegenüber beiden Streitgenossen besonders zu berechnen.[21]) Rechtsmittel, die ein Streitgenosse einlegt, haben nur für ihn selbst Wirkung und berühren den anderen nicht.[22])

III. Wenn in einem Termin nur ein Ehegatte erscheint oder verhandelt, so findet gegen ihn kontradiktorische Verhandlung und Entscheidung statt. Gegen den versäumenden Ehegatten aber ergeht Versäumnisurteil, wenn die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen (vgl. ZPO. § 331).[23]) Ein solches gegen einen Ehegatten erlassenes Versäumnisurteil hat dann die Natur eines Teilurteils im Sinne von ZPO. § 301; es wird dadurch einer von zwei in demselben Rechtsstreit geltend gemachten selbständigen Ansprüchen zur Erledigung gebracht.

Soweit es sich um eine Versäumnis des Ehemannes handelt, könnte man gegen die Möglichkeit des Erlasses eines Versäumnisurteils gegen ihn vielleicht einwenden,[24]) daß das gegen den Mann erlassene Teilurteil späterhin möglicherweise gegenstandslos werden könne, wenn nämlich die Klage gegen die Frau abgewiesen werde, daß es aber nicht Aufgabe des Richters sein könne, Urteile zu erlassen, die sich möglicherweise späterhin als überflüssig herausstellten.[25]) Gegen einen

---

[21]) Ganz verschieden von der Tatsache, daß der Eintritt der Rechtskraft für die beiden Streitgenossen verschieden zu berechnen ist, ist natürlich die andere Tatsache, daß in gewissen Fällen sich die Rechtskraft der gegen den einen Streitgenossen (Ehefrau) ergangenen Entscheidung auf den Streitgenossen (Ehemann) erstrecken kann. Diese Frage entscheidet sich ganz unabhängig von der Streitgenossenschaft.

[22]) vgl. Seuffert N. 2 zu § 61; Gaupp-Stein N. I. II zu § 61; Skonietzki-Gelpcke N. 2, 4 zu § 61.

[23]) Seuffert N. 2a zu § 61; Skonietzki-Gelpcke N. 4Ab zu § 61; Hochgürtel S. 34; Gaupp-Stein N. II, 2 zu § 61.

[24]) Derselbe Einwand könnte gegen den Erlaß eines Anerkenntnisurteiles gegen den anerkennenden Ehemann erhoben werden. Vgl. unten IV, oben § 11, III B, 1 Anm. 9.

[25]) Soweit es sich um eine Versäumnis der Ehefrau handelt, hat natürlich eine später erfolgende abweisende Entscheidung der Klage gegen

solchen Einwand läßt sich mit Recht geltend machen, daß das Gesetz noch verschiedene Fälle kennt, in denen ein erlassenes Urteil ohne förmliche Aufhebung später hinfällig wird. Das Gericht erläßt z. B. gemäß ZPO. § 304 ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs, ordnet dann, ohne die Rechtskraft des Zwischenurteils abzuwarten, Verhandlungen auch über den Betrag des Anspruchs an und entscheidet auch hierüber. Demnächst weist die 2. Instanz die Klage dem Grunde nach ab. Dann wird das Urteil 1. Instanz ohne weiteres hinfällig.[26])

Eine weitere Frage ist, ob bei Nichterscheinen des einen Ehegatten ein Versäumnisurteil gegen den anderen erlassen werden muß, oder ob das Gericht auch dann von der im § 301 Abs. 2 gegebenen Befugnis Gebrauch machen und den Erlaß eines Teilurteils (Versäumnisurteil) unterlassen kann. Die Frage ist im Sinne der ersten Alternative zu entscheiden. Die Bestimmung des § 331, wonach dem Antrage des Klägers gemäß zu erkennen ist, wenn dieser gegen den im Termin nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil beantragt und sein tatsächliches mündliches Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt, steht zu der Vorschrift des § 301 Abs. 2, wonach die Erlassung des Teilurteils unterbleiben kann, wenn das Gericht es nach Lage der Dinge für angemessen erachtet, im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis. Mit anderen Worten: Wenn bei gemeinsamer Erhebung der Klagen ein Ehegatte nicht erscheint, so ist für das Ermessen des § 301 Abs. 2 kein Raum, vielmehr muß dann das Gericht auf Antrag des Klägers ein Versäumnis-

---

den Mann keinen Einfluß auf das gegen die Frau erlassene Versäumnisurteil, vielmehr nur insofern, als dann allerdings eine Vollstreckung auf Grund des gegen die Frau erlassenen Versäumnisurteils in das eingebrachte Gut nicht möglich ist (s. oben § 11 III A, 1 a. E.).

[26]) Weitere Fälle lassen sich konstruieren aus § 275 ZPO. (Zwischenurteil bei prozeßhindernder Einrede), §§ 302, 540, 599 (Vorbehaltsurteile). Vgl. Linsmayer S. 38; Hochgürtel S. 34/35. Übrigens gehört auch der Fall hierher, daß die Duldungsklage auf Grund einer Sachentscheidung erfolgreich durchgeführt wird, nachher aber die Leistungsklage abgewiesen wird. Dann wird das Duldungsurteil gegenstandslos. Vgl. Linsmayer S. 38; s. oben § 11 III B, 1.

urteil erlassen.[27]) Das ergibt sich übrigens auch deutlich per argumentum e contrario aus der Bestimmung des § 62 ZPO. Bei entgegengesetzter Entscheidung würde man ja dem säumigen Ehegatten die Möglichkeit gewähren, durch sein späteres Erscheinen im Termin oder in einem weiteren Termin den Erlaß des Versäumnisurteils gegen sich zu verhindern, was das Gesetz nicht gewollt haben kann (Hochgürtel S. 35). Nun gibt es allerdings dagegen, daß das Gericht trotz des Antrages kein Teilurteil erläßt, für die Regel kein Rechtsmittel (vgl. Seuffert N. 3 a. E. zu § 301; Gaupp-Stein N. III zu § 301). Dasselbe gilt auch für die Weigerung des Gerichts, ein Versäumnis-Teilurteil zu erlassen (vgl. Seuffert N. 3a zu § 301; Seufferts Arch. Bd. 47 S. 231). Die Beschwerde des § 567 ist deshalb ausgeschlossen, weil das Gericht über die Angemessenheit eines Teilurteils nur auf Grund mündlicher Verhandlung entscheiden kann, und die Beschwerde des § 336 kann nicht zur Anwendung kommen, weil dieser Paragraph nur den Fall im Auge hat, wo es sich um den Erlaß eines den ganzen Rechtsstreit erledigenden Versäumnisurteils handelt, und nicht an den Fall denkt, wo eine Entscheidung über einen quantitativen Teil des Klageanspruchs in Frage kommt (Versäumnis-Teilurteil). Es fragt sich aber, ob nicht in dem hier fraglichen Falle etwas Besonderes gilt, wo es sich um den Erlaß eines Versäumnisurteils gegen einen säumigen Streitgenossen handelt. Man wird nicht so weit zu gehen brauchen wie RG. Bd. 55 S. 34, das in einem solchen Falle das Vorliegen eines Teilurteils überhaupt verneint und deshalb die Beschwerde des § 366 ohne weiteres zuläßt. Aber man wird doch sagen können, daß wegen des ganzen Verhältnisses zweier einfacher Streitgenossen das Versäumnisurteil gegen den einen Streitgenossen einen in sich abgeschlossenen Teil des Rechtsstreites beendet, und daß es deshalb wohl berechtigt erscheint, die Beschwerde des § 366 bei Nichterlassung eines Versäumnisurteils gegen einen Streitgenossen — im Gegensatz zu dem Falle eines rein quantitativen Versäumnisurteils — zuzulassen (s. vor allem

[27]) vgl. Hochgürtel S. 35; RG. Bd. 55 S. 311; Seuffert N. 3 zu § 301; Skonietzki-Gelpcke N. 1 zu § 331, N. 3 zu § 330. Abw. Gaupp-Stein (10) N. III zu § 301.

RG. Bd. 55 S. 310—312; Seuffert N. 1 a. E. zu § 336; Skonietzki N. 1 Abs. 1 zu § 336). Zu beachten ist jedoch, daß der Gläubiger häufig den Erlaß eines Versäumnisurteils gegen den säumigen Mann deswegen nicht stellen wird, weil nach Erlaß eines Urteils gegen ihn der Mann als Partei ausscheidet und dann event. als Zeuge im Frauenprozeß vernommen werden kann (s. Linsmayer S. 38).[28])

IV. Was im vorstehenden hinsichtlich des Versäumnisurteils gegen einen der Ehegatten ausgeführt ist, gilt in gleicher Weise auch vom Anerkenntnisurteil: Wenn ein Ehegatte den gegen ihn erhobenen Anspruch anerkennt, so ist gegen ihn ein Anerkenntnisurteil gemäß § 307 zu erlassen. Denn auch die Bestimmung dieses Paragraphen ist ebenfalls als eine lex specialis gegenüber der Bestimmung des § 301 Abs. 2 aufzufassen. Auch hier ist für das Ermessen des Gerichts kein Raum (vgl. Seuffert N. 3 zu § 301; Fitting (12/13) S. 352; Hochgürtel S. 35; Gaupp-Stein N. III Abs. 3 zu § 301). Sonst müßte man ja den anerkennenden Ehegatten zwingen, dem ferneren in der Sache stattfindenden Termin beizuwohnen.

Eine andere Frage ist, ob ein Anerkenntnisurteil auch dann erlassen werden kann und muß, wenn der Mann den gegen ihn erhobenen Duldungsanspruch nur für den Fall anerkennt, daß die Verurteilung seiner Frau stattfindet.[29]) Trotzdem nun ein Anerkenntnisurteil sicherlich nur bei einem unbedingten Anerkenntnis erlassen werden kann, hat man die Frage bejaht mit der Begründung, daß ein solches Anerkenntnis als ein unbedingtes anzusehen sei, da die vom Manne an das Anerkenntnis geknüpfte Bedingung lediglich eine condicio iuris sei (so Hochgürtel

[28]) Ebenso unzulässig wie die Unterlassung eines Versäumnis-Teilurteils wäre natürlich auch die etwaige Aussetzung der Urteilsverkündung gegen den einen Ehegatten bis zur Entscheidungsreife des Rechtsstreits gegenüber dem anderen Ehegatten. Sie würde nicht nur der Bestimmung der §§ 301 Abs. 1, 331 Abs. 2, sondern auch der Formvorschrift des § 310 widersprechen (Hochgürtel S. 35/36). Auch eine Trennung der beiden Prozesse gemäß § 145 ist natürlich in diesem Stadium nicht mehr möglich (Seuffert N. 3b zu § 145).

[29]) Über die Bedeutung der Erklärung des Mannes, er werde unter der Bedingung dulden, daß die Frau verurteilt werde, s. unten § 19 III, 5a.

S. 36; vgl. Linsmayer S. 38). Dem wird man jedoch nicht zustimmen können, denn die vom Manne abgegebene Anerkenntniserklärung ist keineswegs schon an sich auf Grund des Gesetzes von der Verurteilung der Frau abhängig, der vom Manne seinem Anerkenntnis zugefügte Vorbehalt ist nicht bereits vom Gesetz mit dem Anerkenntnis verbunden. Denn wenn auch das Anerkenntnisurteil gegen den Mann dadurch gegenstandslos wird, daß die Klage gegen die Frau abgewiesen wird (s. oben § 11 III B, 1), so wird damit doch keineswegs das Anerkenntnisurteil und das Anerkenntnis selbst beseitigt. Man kann deshalb nicht sagen, daß Anerkenntnis und Anerkenntnisurteil unter der auslösenden Rechtsbedingung ständen, daß die Klage gegen die Frau abgewiesen werde (abw. Linsmayer S. 38; Hochgürtel S. 37). Es liegt vielmehr nur eine gewöhnliche Bedingung vor, ein Anerkenntnisurteil gegen den Mann ist also in diesem Falle ausgeschlossen.[30])

V. Die oben (II) charakterisierten Rechtsfolgen der einfachen Streitgenossenschaft, vor allem die, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen gegenüber unwirksam und ohne Bedeutung sind, können insofern eine Modifikation erleiden, als der eine Streitgenosse beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 66 das Recht hat, dem anderen als Nebenintervenient beizutreten. Dann kann nämlich der beitretende Streitgenosse im Umfange des § 67 auch für den anderen handeln (s. oben I Ziff. 4 S. 82; vgl. Gaupp-Stein (10) N. I zu § 61, N. II, 2 Abs. 2 zu § 66). Der beitretende Streitgenosse nimmt dann die Rechtshandlungen in doppelter Eigenschaft vor, nämlich einmal für sich selbst und dann als Nebenintervenient für den anderen.[31])

[30]) Zu demselben Ergebnis gelangt übrigens auch Hochgürtel (S. 37), wenn er die Erklärung des Mannes, er wolle nur für den Fall anerkennen, daß auch die Frau verurteilt werde, dahin auffaßt, daß damit gesagt sein soll, der Mann wolle nur verurteilt werden, wenn auch die Verurteilung der Frau ausgesprochen sei, das Anerkenntnis solle also erst mit der Verurteilung der Frau in Wirksamkeit treten. Dann ist in der Erklärung eine echte aufschiebende Bedingung zu sehen und also deshalb ein Anerkenntnisurteil ausgeschlossen.

[31]) Selbstverständlich darf dieser Fall, daß nämlich der eine Streitgenosse nach § 66 ZPO. dem anderen als Nebenintervenient beitritt, nicht

VI. Eine Folge der einfachen Streitgenossenschaft ist ferner, daß das Gericht das Recht hat, gemäß § 145 ZPO. die Trennung der gemeinsam erhobenen Prozesse anzuordnen, eine Befugnis, die bei notwendiger Streitgenossenschaft wegfällt (s. oben I Ziff. 3 S. 81).

IV. Die Zulässigkeit des Urkunden- und Wechselprozesses.

Der gegen die Frau gerichtete Leistungsanspruch kann auch in der besonderen Verfahrensart des Urkunden- und Wechselprozesses (§§ 592, 602) geltend gemacht werden, vorausgesetzt nur, daß der Leistungsanspruch zu den in den genannten Paragraphen näher charakterisierten Ansprüchen gehört. Es entsteht die Frage, ob auch der Duldungsanspruch in dieser besonderen Verfahrensart geltend gemacht werden kann, ob insbesondere mit einer im Urkundenprozeß betriebenen Leistungsklage zugleich die Duldungsklage gegen den Mann betrieben werden kann.

Die Frage ist auf den ersten Blick zu verneinen; denn der Anspruch des Gläubigers auf Duldung ist kein Anspruch im Sinne der §§ 592, 602. Damit wäre aber der Urkunden- und Wechselprozeß mit den mehrfachen Erleichterungen, die er für den Gläubiger mit sich bringt, im Falle der Inanspruchnahme einer Ehefrau im Grunde unpraktisch gemacht, soweit nämlich der Gläubiger auf die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut angewiesen ist. Dann müßte nämlich der Gläubiger neben dem Urkundenprozeß gegen die Frau noch eine Verurteilung des Mannes zur Duldung im ordentlichen Verfahren herbeiführen. Wegen der ungleichen Prozeßarten wäre es auch unmöglich,

---

mit dem Fall der sogen. „streitgenössischen Nebenintervention“ des § 69 verwechselt werden. Ob eine solche vorliegt, wenn der eine Ehegatte dem anderen als Nebenintervenient beitritt, hängt nach der Bestimmung des § 69 davon ab, ob die Rechtskraft des in dem Prozesse gegen den einen Streitgenossen erlassenen Urteils auch Rechtskraft schafft in dem Verhältnis des beitretenden Streitgenossen zum Gläubiger. Inwiefern das der Fall ist, darüber s. oben § 11 III. Danach kommt streitgenössische Nebenintervention im Sinne des § 69 jedenfalls überhaupt nur in Frage, wenn der Ehemann der Ehefrau als Nebenintervenient beitritt, denn nur dann kann Rechtskrafterstreckung vorkommen.

diese beiden Prozesse etwa miteinander zu verbinden (s. RG. v. 21. 12. 1901 Bd. 50 S. 53; Walsmann S. 53). Da für den Duldungsprozeß dann die Erleichterungen des Urkundenprozesses fortfallen, andererseits aber im Duldungsprozeß regelmäßig der ganze Rechtsstoff von neuem aufgerollt werden kann, wird es für den Gläubiger meist vorteilhafter sein, beide Ehegatten von Anfang an im ordentlichen Verfahren zu verklagen, als in zwei getrennten Verfahren einen Urkundenprozeß gegen die Frau und einen ordentlichen Prozeß gegen den Mann zu führen, obgleich er damit auf die prozessualen und finanziellen Vorteile dieser besonderen Prozeßart verzichten muß (vgl. RG. Bd. 50 S. 53; Walsmann S. 26; Hochgürtel S. 40; Roth S. 27; Hoppe S. 34).

Man wird aber den genannten unbequemen Folgerungen entgehen und die besonderen Verfahrensarten auch für die Duldungsklage für zulässig erklären können.[32]) Wie oben § 10 II ausgeführt ist, stehen die beiden Klagen zueinander im Verhältnis der Akzessorietät. Dieses Verhältnis rechtfertigt die Folgerung, daß der Urkundenprozeß auch für die Duldungsklage zuzulassen ist, wenn nur der Gegenstand der Hauptklage (Leistungsklage) sich für den Urkundenprozeß eignet. Offenbar hat das Gesetz seine Bestimmungen über die Eigenschaft der im Urkundenprozeß verfolgbaren Ansprüche gar nicht auf den akzessorischen Duldungsanspruch beziehen wollen, schon deshalb nicht, weil es die vorstehend genannte unpraktische Folgerung einer solchen Erstreckung nicht gewollt haben kann. Die Duldungsklage kann also im Urkunden- und Wechselprozeß erhoben werden, obgleich der Duldungsanspruch kein Anspruch im Sinne der §§ 592, 602 ist.[33])

---

[32]) Das gilt jedoch nicht für den Fall gesonderter Erhebung der Klagen (s. unten § 17 III, 4). Sind die Prozesse aber zunächst gemeinsam erhoben und dann gemäß § 145 Abs. 1 getrennt worden, so steht auch der Durchführung des dann isolierten Duldungsprozesses in der besonderen Klagform des Urkunden- und Wechselprozesses nichts im Wege. Abw. Hein S. 226. Auch für den Fall gesonderter Klagerhebung lassen den Urkundenprozeß zu Struckmann-Koch N. 1 zu § 592; Hein S. 228; Roth S. 24 Anm. 1.

[33]) Die Zulässigkeit des Urkundenprozesses gründen ausdrücklich auf den Grundgedanken der Akzessorietät: Ullmann S. 217 N. 13; Hörle

Eine andere Frage ist jedoch noch, ob die für die Leistungsfrage natürlich bestehende Bedingung der Zulassung des Urkundenprozesses, daß nämlich die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können, auch für die mit der Leistungsklage verbundene Duldungsklage zu gelten hat. Die Frage wird zu bejahen sein.[34]) Ebenso gilt aber auch für die Duldungsklage die Bestimmung des § 599, d. h. es muß auch dem Ehemanne, wenn er dem gegen ihn geltend gemachten Anspruch widersprochen hat, für den Fall seiner Verurteilung ebenso wie der zur Zahlung verurteilten Ehefrau die Wahrnehmung seiner Rechte vorbehalten werden,[35]) und zwar wohl ein für allemal dann, wenn ein solcher Vorbehalt für die Leistungsklage gemacht wird.

Die Zulässigkeit des Urkundenprozesses für die Duldungsklage wird übrigens vielfach auch noch auf andere Weise begründet.

1. Keine Schwierigkeit macht die Begründung dieser Zulässigkeit für diejenigen, die in dem Duldungsanspruch einen Anspruch auf Erfüllung der gleichen Verpflichtung sehen, die auch dem Leistungsschuldner obliegt, denn wenn beide Ansprüche gleichartig und gegenständlich übereinstimmend sind, dann muß natürlich der Urkundenprozeß für die Duldungsklage zulässig sein, wenn er für die Leistungsklage gegeben ist.[36])

S. 84; Walsmann S. 25/26; Weinhagen S. 47; vgl. Struckmann-Koch N. 1 zu § 592; Markus im Recht Bd. 4 S. 104; Roth S. 24; Hein in JurW. 1911 S. 167; Crome Bd. 4 § 575 N. 86; Hase S. 370; Petersen-Anger N. 6 zu § 592; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 227 N. 28; Gaupp-Stein N. II, 2 zu § 739; vgl. besonders das Urteil des RG. v. 21. 12. 1901 Bd. 50 S. 52/53. Gegen dieses Urteil polemisieren und gegen den Gedanken der Akzessorietät sprechen sich aus: Hoppe S. 36; Magnus S. 65; Hochgürtel S. 38; Langheineken § 14 IV, 1 S. 268/69; Stein S. 55.

[34]) vgl. Seuffert (11) N. 3a Abs. 1 a. E.: „Hängt die Haftung des Mannes von seiner Zustimmung oder von seiner Einwilligung zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ab, so müssen auch diese Umstände als zur Begründung des Anspruchs gehörend durch Urkunden bewiesen werden können, wenn der Mann im Urkundenprozeß verklagt wird". Ebenso anscheinend Hein S. 230 Abs. 1 a. E. Allerdings werden sich häufig die Zustimmung und ihre Surrogate durch Urkunden nicht leicht beweisen lassen.

[35]) So das in RG. Bd. 63 S. 362 erwähnte Urteil des LG. Oldenburg.

[36]) vgl. Langheineken S. 268/69; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 228;

2. Hochgürtel S. 39/40 und Gaupp-Stein (10) N. III, 1 zu § 592 wollen die Zulässigkeit des Urkundenprozesses für die Duldungsklage damit begründen, daß der Gesetzgeber gemäß § 794 Abs. 2 die Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde über die Duldungspflicht des Mannes zugelassen habe, mithin den Duldungsanspruch in dieser Beziehung dem Leistungsanspruch (§ 794 Abs. 1 Ziff. 5) gleichbehandelt habe, und kein Grund für die Annahme ersichtlich sei, daß der Gesetzgeber den Duldungsanspruch in den §§ 794 u. 592 habe verschieden behandeln wollen, vielmehr sprächen dieselben Gründe, die den Gesetzgeber zur Zulassung einer vollstreckbaren Urkunde für den Duldungsanspruch veranlaßt hätten, auch für die Zulassung der Geltendmachung des Duldungsanspruchs im Urkundenprozesse.

Diese Argumentation erscheint wenig glücklich. Man könnte vielmehr im Gegenteil aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber im § 794 den Duldungsanspruch dem Leistungsanspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gleichstellt, dagegen im § 592 eine solche Gleichstellung unterläßt, per argumentum e contrario schließen, daß der Gesetzgeber die Geltendmachung des Duldungsanspruchs im Urkundenprozeß habe ausschließen wollen (dagegen Gaupp-Stein (10) N. I, 1 zu § 592).

3. Schließlich hat man noch die Anwendbarkeit des Urkundenprozesses auf den Duldungsanspruch damit zu begründen versucht, daß zwischen dem Duldungsanspruch und dem im § 592 ausdrücklich genannten Anspruch aus der Hypothek eine gewisse Gleichartigkeit bestehe, insofern beide Ansprüche bloß zu einem Dulden verpflichteten, nicht zu einem positiven Tun, und daß diese Gleichartigkeit es rechtfertige, den Urkundenprozeß auch für die Duldungsklage für zulässig zu erklären.[37]) Ganz abgesehen davon, daß die rechtliche Natur des Hypothekenanspruchs

---

Seuffert (11) N. 2bδ zu § 592, N. 2bα zu § 739; Struckmann-Koch N. 2 zu § 739, N. 1 zu § 592; Petersen-Anger N. 6 zu § 739, N. 2 a. E. zu § 592; vgl. auch Hein S. 228 („Die Realisierung der beschränkten Haftung bedeutet zugleich eine Durchführung des Anspruchs").

[37]) So Gaupp-Stein (10) N. III, 1 zu § 592 („sachlich gleichartiger Fall"); Hochgürtel S. 40; Struckmann-Koch N. 2 zu § 739; Markus im Recht Bd. 4 S. 104.

ebenso lebhaft bestritten ist wie die des Duldungsanspruchs, so läßt sich gegen diese Argumentation vor allem einwenden, daß zwischen den beiden Ansprüchen doch auch sehr wesentliche Verschiedenheiten bestehen, die eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 592 Satz 2 auf den Duldungsanspruch ausschließen.[38]) Zu beachten ist außerdem noch, daß die Vorschrift des § 592 ihrer ganzen Natur nach restriktiv ausgelegt werden muß, so daß also der gewollte Analogieschluß von dem hypothekarischen Anspruch auf den Duldungsanspruch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen erscheint.[39])

V. Die Zulässigkeit des Mahnverfahrens.

Der Grundsatz der Akzessorietät, aus dem vorstehend (IV) die Zulässigkeit des Urkunden- und Wechselprozesses für die Duldungsklage gefolgert wurde, bringt es auch mit sich, ebenso das Mahnverfahren für den Duldungsanspruch für statthaft zu erklären, trotzdem der Duldungsanspruch kein Anspruch der im § 688 bezeichneten Art ist. Es können also der Leistungsanspruch und der Duldungsanspruch im Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls und in dem Zahlungsbefehl selbst verbunden werden, ebenso wie die beiden Klagen verbunden werden können. Ebenso kann dann auch ein als vollstreckbarer Titel geltender und als solcher die Duldungsklage ersetzender Vollstreckungsbefehl gegen den Ehemann erlassen werden (vgl. ZPO. §§ 794 Abs. 1 Ziff. 4, 700).[40]) Die Zulässigkeit des Mahnver-

[38]) Hochgürtel (S. 42) macht selbst auf einige dieser Verschiedenheiten aufmerksam.

[39]) So auch Weinhagen S. 47; dagegen Gaupp-Stein N. I B, 2 zu § 592; vgl. Hein S. 226/27.

[40]) So die herrschende Ansicht Seuffert N. 2a zu § 688, 2b δ zu § 592; Gaupp-Stein N. II, 2 zu § 739; Petersen-Anger N. 6 zu § 739; Hörle S. 84; Walsmann S. 25; Hochgürtel S. 40; Magnus S. 66; Weismann § 134 a I, 4; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 227 Anm. 28; Roth S. 25; Hein in JurW. 1911 S. 167. Abw. Aronius S. 263, der der Ansicht ist, daß das Duldungsurteil zwar durch jeden anderen Titel ersetzt werden könne, daß jedoch der Vollstreckungsbefehl der Natur nach ausgeschlossen sei.

fahrens gegen den zur Duldung verpflichteten Ehemann ist denn auch in der Praxis allgemein anerkannt.[41])

Natürlich ist auch das Mahnverfahren für den Duldungsanspruch nur zulässig, wenn beide Ansprüche gemeinsam geltend gemacht werden (s. unten § 17 Abs. 2 Ziff. 4).

In welcher Form der gegen den Mann gerichtete Teil des „Zahlungsbefehls" ergeht, ist sachlich gleichgültig (vgl. den Vorschlag von Magnus S. 66; Hein S. 232 spricht von „Haftungsbefehl").

§ 17.

3. Die Rechtsverhältnisse bei getrennter Erhebung der Klagen.

I. Wenn die Klagen getrennt voneinander erhoben werden, so kann hinsichtlich der Frage nach dem Zeitpunkt der Erhebung hier lediglich auf das oben § 10 III, 1b, 2 Ausgeführte Bezug genommen werden. Danach kann die Duldungsklage sowohl gleichzeitig mit der Leistungsklage als auch zu verschiedenen Zeiten, und zwar vor und nach Erhebung der Leistungsklage geltend gemacht werden. Bei Vorliegen der Voraussetzung des § 147 ist es dann möglich, die Klagen zu verbinden. Geschieht das, dann gilt hinsichtlich der Rechtslage das im § 16 Ausgeführte.[1])

II. Die Klage gegen die Frau (Leistungsklage) bietet auch in diesem Falle (s. oben § 16 I Ziff. 5) keine besonderen prozessualen Schwierigkeiten. Erwähnt sei nur, daß der Ehemann natürlich in dem Prozesse gegen seine Frau als Nebenintervenient auftreten kann.[2]) Eine streitgenössische Neben-

[41]) In Preußen sind für diesen Fall neuerdings besondere Formulare hergestellt. Die von Nr. 42 abweichende Fassung des Formulars Nr. 42a und 42c erklärt sich daraus, daß beide Ehegatten Ansprüche erheben können, ein positives Verhalten jedoch dem Ehemann nicht auferlegt wird. Vgl. Dürrenfeld in DJZ. Bd. 10 S. 349ff., 352.

[1]) Einzelne Besonderheiten der isolierten Duldungsklage sind bereits besprochen (s. z. B. oben § 13 IV, 2b hinsichtlich des Nachweises der Voraussetzungen des § 259 bei Nichtfälligkeit des Leistungsanspruchs, § 15 I Ziff 5 hinsichtlich des Streitwertes der isolierten Duldungsklage).

[2]) Staudinger N. 6 Abs. 1 zu § 1400; Seuffert N. 2c zu § 66; Walsmann S. 32. Nach Seuffert gilt das jedoch nur für Prozesse über

intervention im Sinne von §§ 69, 61 ZPO. liegt regelmäßig nicht vor, vielmehr ausnahmsweise nur dann, wenn das Urteil auch dem Manne gegenüber wirksam ist.[3]) Durch die Worte des § 61: „soweit nicht aus den Vorschriften dieses Gesetzes sich ein anderes ergibt" ist an sich für das Verhältnis des Nebenintervenienten zur Hauptpartei auch die Anwendbarkeit des § 62 (notwendige Streitgenossenschaft) zugelassen. Für den vorliegenden Fall wird jedoch eine notwendige Streitgenossenschaft nicht in Frage kommen. Es kann in dieser Beziehung lediglich auf das oben § 16 III A, II Ausgeführte verwiesen werden.[4]) Tritt übrigens der Ehemann seiner Frau als Nebenintervenient bei, so wird man aus diesem Verhalten regelmäßig schließen können, daß er eine kommende Zwangsvollstreckung nicht dulden werde. Über die Bedeutung dieser Auslegung für die Kostenentscheidung nach § 93 ZPO. s. unten § 19 III, 2 a.

III. Die Klage gegen den Ehemann (Duldungsklage) bedarf für den Fall gesonderter Erhebung eine Besprechung nach verschiedenen Richtungen:

1. Die getrennte Erhebung der Klagen wird gegenüber der gemeinsamen Klagerhebung die Ausnahme bilden, schon aus dem Grunde, weil dann dem Gläubiger mannigfache Vorteile verloren gehen (s. § 16 I Ziff. 1 a b). Der häufigste Fall wird

---

Vollschulden der Frau. Man wird dieser Einschränkung nicht zustimmen können, da es sich während der Dauer des Prozesses gegen die Frau noch nicht übersehen läßt, ob die im Streit befangene Verbindlichkeit der Frau eine Vollschuld ist, und da diese Frage auch in dem Frauenprozesse regelmäßig überhaupt nicht beantwortet wird.

[3]) vgl. Walsmann S. 32; Seuffert N. 1 zu § 69, N. 2 $c\gamma$ zu § 66; Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 136; Weinhagen S. 46. Nach Staudinger N. 6, 2 b α zu § 1400 liegt in der Nebenintervention des Mannes stets seine Zustimmung zur Prozeßführung der Frau. Er nimmt also eine streitgenössische Nebenintervention (§ 69) für jeden Fall der Nebenintervention an; vgl. RG. v. 1. 2. 1905 Bd. 60 S. 85, v. 25. 1. 1906 im Recht 1906 S. 688.

[4]) Die Annahme von Seuffert N. 2 II zu § 69, daß im Falle der streitgenössischen Nebenintervention der §§ 69, 61 stets die Voraussetzungen des § 62 gegeben seien, trifft also jedenfalls hier nicht zu; auch Staudinger N. 6 zu § 1400 (vgl 7 a zu § 1411) nimmt hier streitgenössische Nebenintervention im Sinne der §§ 69, 62 an, während er für die Regel beim Nebeneinander beider Klagen die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft verneint.

der sein, daß der Gläubiger in der Erwartung, der Ehemann werde sich nach durchgeführter Leistungsklage einer Vollstreckung nicht widersetzen (ZPO. § 809), zunächst nur die Leistungsklage betreibt und erst bei Widerspruch des Mannes die nach § 739 erforderliche Duldungsklage erhebt.

2. Auszugehen ist für den Fall getrennter Klagerhebung von dem Grundsatz, daß die sogen. Akzessorietät der Klagen (oben § 10 II) hier ohne wesentliche praktische Bedeutung ist, ganz im Gegensatz zum Fall gemeinsamer Klagerhebung, wo das genannte Prinzip in vielfacher Richtung von Einfluß war.

3. Die Zuständigkeit der Duldungsklage. Für den Fall gemeinsamer Klagerhebung ist oben § 16 II ausgeführt, daß eine Erstreckung der Zuständigkeit der Leistungsklage auf die Duldungsklage möglich ist. Im Falle getrennter Klagerhebung kann man jedoch der Zuständigkeit der Leistungsklage keinerlei Einfluß auf die Duldungsklage einräumen. Es können deshalb für die isolierte Duldungsklage nur die allgemeinen Grundsätze über örtliche und sachliche Zuständigkeit maßgebend sein.[5]) Insbesondere besteht deshalb kein Grund, für die isolierte Duldungsklage den Gerichtsstand des § 29 (forum contractus) zuzulassen, wenn dieser etwa für die Leistungsklage begründet ist.[6])

4. Die Zulässigkeit des Urkunden- und Wechselprozesses und des Mahnverfahrens. In diesen Prozeßarten kann die isolierte Duldungsklage nicht geltend gemacht werden, weil der zugrunde liegende Duldungsanspruch nicht ein Anspruch der in den §§ 592, 602, 688 gekennzeichneten Art ist. Der Grundsatz der Akzessorietät der Klagen muß auch in dieser Beziehung außer Betracht bleiben. Will der Gläubiger sich also die Vorteile dieser Prozeßarten auch hinsichtlich der Duldungsklage zunutze machen, dann muß er die gemeinsame Durchführung der beiden Klagen wählen.[7])

[5]) So mit Recht Walsmann S. 32; Weinhagen S. 48; vgl. jedoch Endemann § 179 N. 46 S. 383.

[6]) Abw. Seuffert N. 4 zu § 29; Gaupp-Stein N. II, 2 zu § 29.

[7]) So Stobbe in DJZ. Bd. 4 S. 99; Weinhagen S. 48; Walsmann S. 33. Abw. Struckmann-Koch N. 1 zu § 95; Langheineken S. 268; Neukamp in ZZP. Bd. 36 S. 386; Hein S. 228; Roth S. 24 Anm. 1.

5. Die Nebenintervention der Ehefrau im Duldungsprozeß. Es steht nichts im Wege, daß die Ehefrau dem Ehemann im Duldungsprozesse als Nebenintervenient zur Seite tritt. Diese Nebenintervention ist jedoch im Gegensatz zu dem oben unter II erörterten Fall niemals eine streitgenössische im Sinne von ZPO. §§ 69, 61 oder gar 69, 62, da ja eine Rechtskraftwirkung der Duldungsentscheidung für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und der Ehefrau auf keinen Fall in Frage kommen kann.[8])

6. Aus praktischen Gründen ist zu verlangen, daß im Falle gesonderter Klagerhebung in dem gegen den Mann erhobenen Duldungstitel unzweideutig auf eine bestimmte Forderung gegen die Frau oder auf einen bestimmten gegen sie gerichteten Duldungstitel Bezug genommen sein muß. Der Duldungstitel gegen den Mann muß nach dieser Richtung zweifelsfreie Auskunft geben (vgl. Aronius S. 263; Walsmann S. 33).

7. Es sei noch darauf hingewiesen, daß die Durchführung des isolierten Duldungsprozesses grundsätzlich völlig unabhängig ist von dem Leistungsprozeß. Das gilt unbeschränkt, wenn der Duldungsprozeß vor dem Leistungsprozeß durchgeführt wird. Wird jedoch der Mann erst nach der Frau verklagt, so muß man unterscheiden: hat der Mann der Prozeßführung seiner Frau zugestimmt, dann kann er hinsichtlich des Bestehens der Frauenschuld keinerlei Einwendungen erheben nnd keinerlei Beweisführung erreichen. Hat er jedoch nicht zugestimmt, dann kann er auch hinsichtlich des Bestehens der Frauenschuld die klagbegründenden Tatsachen leugnen, rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen behaupten und eine Beweisführung darüber erzwingen (Hase S. 368, 369).

§ 18.

III. Die Fassung des Urteilstenors.

In der Praxis findet sich meistens die Formel in der einfachsten Form:

[8]) vgl. Opet-Blume N. 11b zu § 1411; Walsmann S. 34. Die Frau kann also stets im Duldungsprozesse als Zeuge vernommen werden. Vgl. oben § 11 III B Anm. 9.

„Der Mann wird verurteilt, die Zwangsvollstreckung zu dulden".

Richtiger und vollständiger lautet die Urteilsformel jedoch dahin, daß auch das Objekt der Duldungspflicht wenigstens allgemein angegeben wird bezw. die in Frage kommende Gütermasse bezeichnet wird. Es heißt deshalb entweder:

„Der Mann wird verurteilt zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfene Vermögensmasse" (s. die Analogie des § 794 Abs. 2 a. E.)

oder noch genauer:

„Der Mann wird verurteilt zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau".

Im allgemeinen wünschenswert und im Falle der isolierten Duldungsklage notwendig (s. § 17 III, 6) erscheint es auch, daß schon im Tenor des Urteils auf die Abhängigkeit des Duldungsanspruchs vom Leistungsanspruch, der Duldungsklage von der Leistungsklage hingewiesen wird. Die Fassung wird dann lauten:

„Der Ehemann wird wegen der — näher zu bezeichnenden Ehegutsschuld — zur Duldung in das eingebrachte Gut verurteilt".[9])

§ 19.

IV. Die Kostenentscheidung.

I. Die Frage der Kostenentscheidung macht bei der Klage nach § 739 vor allem nach zwei Richtungen hin Schwierigkeiten:

1. Es ist streitig, wie die Kosten bei gemeinsamer Klagerhebung auf den Mann und auf die Frau zu verteilen sind (s. unten II).

2. Es bedarf — für den Fall der gemeinsamen wie der getrennten Erhebung der Klagen — der Prüfung, wann dem beklagten Ehemann trotz der sofortigen Anerkennung des gegen ihn erhobenen Anspruchs auf Duldung die Prozeßkosten zur Last fallen (unten III).

---

[9]) Weinhagen S. 41. Hinsichtlich der Fassung der Kostenentscheidung beim Duldungsurteil s. unten § 19 IV, hinsichtlich der Fassung des Zahlungsbefehls s. oben § 16 V a. E.

II. Wie sind die Kosten bei gemeinsamer Klagerhebung auf den Mann und die Frau zu verteilen?[1])

Hier ist zunächst von dem einfachsten Falle auszugehen, daß der Kläger sowohl im Leistungs- wie im Duldungsprozesse ein völlig obsiegendes Urteil erhält.

1. Vereinzelt findet man die Entscheidung, daß die Frau allein zu allen Kosten des Rechtsstreits verurteilt wird (so Du Chesne S. 7, entsprechend seiner theoretischen Grundauffassung; s. oben § 6 a. E.). Der Tenor des Urteils lautet dann: „Die Frau wird verurteilt zu leisten und trägt die Kosten des Rechtsstreits. Der Mann wird verurteilt, die Zwangsvollstreckung zu dulden".

Gegen diese Entscheidung spricht die Bestimmung des § 100 ZPO. Werden Mann und Frau zusammen verklagt, dann sind sie beide Prozeßpartei; werden sie verurteilt, dann sind sie „unterliegender Teil" im Sinne der genannten Bestimmung. Da dann also der unterliegende Teil aus mehreren Personen besteht, so kommt mithin § 100 Abs. 1 zu Raum, also die Verurteilung beider nach Kopfteilen (darüber s. noch weiter unten Ziff. 3). Hiergegen kann nicht etwa eingewandt werden, daß die Duldungsklage neben der Leistungsklage nur ein Akzessorium bildet. Der auf Duldung verklagte Mann ist immerhin am Rechtsstreit beteiligt, seine Beteiligung kann niemals gleich Null sein, so daß ihn mithin ein Teil der Kosten auf jeden Fall treffen muß (vgl. Lessing S. 530).

2. Sodann wird die Ansicht vertreten, daß die Ehegatten für die Kostenschuld als Gesamtschuldner haften.[2]) Diese

---

[1]) Daß der Mann, wenn er in einem isolierten Prozesse unterliegt, die dann entstandenen Kosten zu tragen hat, ist selbstverständlich. Abw. nur Du Chesne S. 7; dagegen Lessing S. 533 Anm. 13; Roth S. 31. Zweifelhaft könnte nur vom Standpunkt der Haftungstheorie sein, ob die Haftung des Mannes sich etwa auf das eingebrachte Gut beschränkt, oder ob er dafür persönlich haftet. Im letzteren Sinne Hein S. 260ff., 266.

[2]) Vielfach machen die Vertreter dieser Ansicht ausdrücklich den Vorbehalt, daß die gesamtschuldnerische Haftung nur gelte für die Kosten der Leistungsklage, nicht für die Kosten der Duldungsklage, die der Mann allein tragen müsse. Sie verteilen also zunächst die Kosten auf die beiden Klagen, wobei dann entweder die Verteilung ausschließlich nach Kopfteilen

Ansicht kann für sich geltend machen, daß sie den Vorteil der Einfachheit hat und den praktischen Bedürfnissen entgegenkommt. Aber auch sie ist mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen.

a) Die Bestimmung des § 100 Abs. 4 kann zur Begründung nicht angeführt werden.[3]) Denn nach dem unzweifelhaften Wortlaut kann sie nur Anwendung finden, wenn die mehreren Beklagten in der Hauptsache als Gesamtschuldner verurteilt sind. Die Duldungspflicht des Mannes und die Leistungspflicht der Frau stehen aber zueinander nicht im Verhältnis der Gesamtschuldhaft (anerkannt von Hochgürtel S. 43). Die Regeln der §§ 421 ff. sind hier unanwendbar, denn sie setzen voraus, daß mehrere Schuldner, aber nur ein Schuldverhältnis vorhanden sind. Hier liegen aber zwei Obligationen vor, die zwar Beziehungen zueinander haben, aber doch innerlich verschieden sind. Auch sonst findet sich im materiellen Recht — und das könnte hier allein in Frage kommen — nirgends der Satz, daß zwischen den beiden Schuldverhältnissen des Mannes und der Frau ein Gesamtschuldverhältnis besteht.

b) Die Verurteilung der Ehegatten zur gesamtschuldnerischen Tragung der Kosten kann auch nicht etwa auf die Bestimmung der §§ 1387, 1388 BGB. gestützt werden.[4]) In diesen Paragraphen ist bekanntlich bestimmt, daß der Ehemann für gewisse Verbindlichkeiten seiner Frau den Gläubigern der Frau neben

---

erfolgt (so Petzoldt in JurW. 1902 S. 338; Hase S. 370/71; OLG. Dresden v. 17. 4. 1902 im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 105, 108), oder sie nehmen als Maßstab der Verteilung die verschiedenartige Beteiligung der Parteien am Rechtsstreit, also unter Anwendung des § 100 Abs. 2 (Hochgürtel S. 44/45; Kraus S. 252; Siegert in DJZ. 1909 S. 320; Hörle S. 83/84; vgl. noch OLG. Dresden im Sächs. Arch. 1906 S. 230; Menzel im Sächs. Arch. Bd. 15 (S. 162ff.).

[3]) Dagegen auch Struckmann-Koch N. 2 zu § 739; Gaupp-Stein 9) N. II, 5 zu § 739; Seuffert (11) N. 2bγ zu § 739; Kraus S. 252; Walsmann S. 30/31; Lessing S. 530; Weinhagen S. 48; Roth S. 35; OLG. Dresden, OLG. Bd. 16 S. 376; RG. v. 7. 6. 1907 im Recht 1911 Nr. 2360.

[4]) Auf diese Paragraphen stützen sich Hörle S. 83/84 N. 3 a. E.; OLG. Dresden im Sächs. Arch. 1906 S. 230. Dagegen wie oben Gaupp-Stein N. II, 5; OLG. Dresden, OLG. Bd. 16 S. 376; vgl. Hochgürtel S. 44.

ihr als Gesamtschuldner haftet. Zu diesen Verbindlichkeiten gehört gemäß § 1387 Ziff. 1 auch die Verpflichtung der Frau zur Tragung der Kosten eines von ihr geführten Rechtsstreites. Das gilt jedoch, wie sich aus §§ 1416 Abs. 2 u. 1387 Ziff. 1 ergibt, regelmäßig nur dann, wenn das gegen die Frau erlassene Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist, also wenn er der Prozeßführung zugestimmt hat oder die Zustimmung nicht erforderlich war. Wegen dieser beschränkten Bedeutung der §§ 1387, 1388 muß es schon unmöglich erscheinen, daraus generell die Folgerung zu ziehen, daß die Kosten den Ehegatten gesamtschuldnerisch aufzuerlegen sind (zugegeben von Hochgürtel S. 44). Aber die genannten Paragraphen können hier überhaupt nicht herangezogen werden. Sie stellen nur eine Bestimmung des materiellen Rechts dar, indem sie bestimmen, daß der Gegner der verurteilten Eheleute wegen der die Frau treffenden Kosten auch den nur zur Duldung verurteilten Mann persönlich in Anspruch nehmen kann. Für die rein prozessuale Frage der Kostenentscheidung im anhängigen Prozeß kommen sie nicht in Betracht, denn bei der Auferlegung der Prozeßkosten handelt es sich um ein an das Unterliegen in der Hauptsache geknüpftes Ergebnis, das durch die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung geregelt wird. Ist also in einem Leistungsprozeß die Frau dem Antrage gemäß verurteilt und sind ihr auch gemäß § 91 die Kosten auferlegt, dann kann der Ehemann nicht etwa unter Berufung auf die §§ 1387, 1388 BGB., § 100 ZPO. schon in demselben anhängigen Prozesse zur gesamtschuldnerischen Mithaft für die Kosten des Leistungsprozesses verurteilt werden, vielmehr kann die Kostenpflicht des Mannes in solchen Fällen nur durch eine besondere Klage geltend gemacht werden.[5])

[5]) „Ein der obsiegenden Partei nach dem materiellen Recht an den einen Gegner zustehender Anspruch auf Erstattung auch der den anderen treffenden Kosten kann nur im Wege selbständiger Klage verfolgt werden." So OLG. Dresden, OLG. Bd. 16 S. 376; vgl. Lessing S. 536; Hein S. 237/88. Übrigens kann ein die Frau zur Kostentragung verurteilendes Erkenntnis auch nicht als Titel zur Kostenfestsetzung gegen den Mann benutzt werden. Vgl. Gaupp-Stein (9) Vorbem. II zu § 91; Lessing S. 530/31.

c) Eigenartig versuchen Hochgürtel (S. 44), Hase (S. 370, 71), Menzel (im Sächs. Arch. Bd. 15 S. 165) die gesamtschuldnerische Verurteilung der Ehegatten zur Kostentragung zu begründen. Sie geben zu, daß nach dem Wortlaut des § 100 Abs. 4 eine gesamtschuldnerische Haftung der Streitgenossen für die Kostenerstattung nur dann eintreten kann, wenn auch eine Verurteilung der Streitgenossen als Gesamtschuldner in der Hauptsache erfolgt sei, daß eine solche Verurteilung hier zweifellos nicht vorliege, und daß schließlich die §§ 1387, 1388 eine rein materielle Vorschrift enthalten. Aber sie lehren, daß der § 100 Abs. 4 keineswegs bedeuten wolle, daß nur im Falle der Verurteilung der Streitgenossen als Gesamtschuldner in der Hauptsache auch eine gesamtschuldnerische Haftung für die Kosten eintreten könne, vielmehr könnten zur Entscheidung über den Kostenpunkt auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs herangezogen werden. Wo sich hier eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Beklagter für die Kostenschuld ergebe, wie in den §§ 1387, 1388, habe eine entsprechende Kostenentscheidung im Prozesse zu erfolgen, auch wenn keine Verurteilung der Streitgenossen als Gesamtschuldner in der Hauptsache stattfinde. Demgegenüber kann lediglich darauf hingewiesen werden, daß die prozessuale Entscheidung über die Kostenlast unabhängig ist von etwaigen materiellen Bestimmungen über die Pflicht zur Kostentragung.

Es ist also daran festzuhalten, daß eine Verurteilung der Ehegatten zur gesamtschuldnerischen Tragung der Kosten nur für den Fall denkbar ist, daß beide Ehegatten in der Hauptsache als Gesamtschuldner verurteilt sind.

In diesem Falle kann sich übrigens die Verurteilung zur gesamtschuldnerischen Kostentragung an sich nur auf die Kosten der Leistungsklage beziehen, für die Kosten der Duldungsklage müßte eigentlich ein besonderer Ausspruch vorliegen. Denn ein Gesamtschuldverhältnis in der Hauptsache kann ja nur hinsichtlich des Leistungsanspruchs in Betracht kommen. Die Kosten der Duldungsklage müßten also dem Manne allein auferlegt werden. Das wird aber in diesem besonderen Falle regelmäßig nicht geschehen, vielmehr wird hier der einfache Ausspruch der

gesamtschuldnerischen Haftung der Kosten genügen, denn regelmäßig werden ja dadurch, daß der Ehemann außer zur Leistung auch noch zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt wird, keine besonderen Kosten entstehen. Die sonst durch die Duldungsklage hervorgerufenen Mehrkosten — Schreibgebühren für eine Abschrift der Klage, Kosten der Zustellung der Klagschrift an den Mann — entstehen ja schon durch die Erhebung der Leistungsklage gegen den Mann. Natürlich kann aber auch das Gegenteil der Fall sein. Wenn z. B. hinsichtlich des Duldungsanspruchs gegen den Mann noch besondere mit Kosten verbundene Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht worden sind, dann müßte allerdings wieder eine Trennung der Kosten der beiden Klagen stattfinden und die im Duldungsprozesse entstandenen Kosten dem Manne allein aufzuerlegen sein.[6])

3. Als richtig ist die Ansicht anzuerkennen, daß die Kosten auf beide Ehegatten verteilt werden müssen. Wie sind jedoch diese Anteile zu bestimmen?

Man kann entweder die Verteilung vornehmen je nach der im Einzelfalle als verschieden angenommenen Beteiligung der beiden Ehegatten am Rechtsstreit (Anwendung des Abs. 2 § 100), oder man verteilt die Kosten unter Ausschluß der Möglichkeit einer verschiedenartigen Teilnahme am Rechtsstreite auf die beiden Ehegatten und ihre Prozesse nach Kopfteilen (keine Anwendung des Abs. 2 des § 100).

a) Die ersterwähnte Meinung nimmt an, daß beim Nebeneinander der beiden Klagen immer eine „erhebliche Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit“ vorhanden sei oder doch möglich sein könne, und zwar in der Richtung, daß der größere

[6]) s. das Beispiel von Kraus S. 252: Die Frau übernimmt erst nachträglich die Verpflichtung zur gesamtschuldnerischen Haftung für die Verbindlichkeit des Mannes neben diesem. Der Mann bestreitet, der Verpflichtungsübernahme der Frau zugestimmt zu haben, m. a. W., er leugnet die Vollschuldqualität der an sich nicht bestrittenen Frauenschuld. Über die Frage, ob der Mann seine Einwilligung gegeben hat, wird Zeugenbeweis nötig. Dann kann natürlich keine Rede davon sein, daß diese Kosten der Frau auferlegt werden können. Hier bedarf es also einer besonderen Entscheidung über die Kosten des Duldungsprozesses.

Teil der Kosten dem Leistungsprozesse, also der Frau, ein geringerer Teil dem Duldungsprozesse, also dem Manne zur Last fallen müsse. Danach würden also die Kosten nach dem Ermessen des Gerichts auf die Ehegatten zu verteilen und zweckmäßigerweise gleich der Prozentsatz anzugeben sein, der von den Kosten auf den Mann und die Frau fallen soll.[7])

b) Man wird jedoch der zweiten Ansicht zustimmen müssen, daß allein der § 100 Abs. 1 maßgebend ist, daß also stets die Kosten gleichmäßig je zur Hälfte auf beide Ehegatten zu verteilen sind, und daß für die Anwendung des § 100 Abs. 2 kein Raum ist.[8])

Denn eine Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit im Sinne von § 100 Abs. 2 kann sich nur aus einer verschiedenen Beteiligung am Streitgegenstande ergeben (Seuffert N. 3 zu § 100; vgl. jedoch Hein S. 283 a. E.). Eine solche verschiedene Beteiligung am Rechtsstreit liegt hier aber nicht vor.

[7]) vgl. Kraus S. 228; Siegert in DJZ. 1909 S. 320: Hein S. 283; Hörle S. 83/84; Weinhagen S. 48; RG. v. 7. 6. 1907 im Recht Bd. 11 S. 982, 2360; Endemann § 179 N. 46 S. 483. Dieser Ansicht sind wohl auch diejenigen Schriftsteller zuzurechnen, die ohne nähere Erläuterung lehren, daß die Kosten des Duldungsprozesses dem Manne, die Kosten des Leistungsprozesses der Frau aufzuerlegen sind. Sie wollen offenbar unter Anwendung von § 100 Abs. 2 eine verhältnismäßige Teilung der Kosten eintreten lassen. Hinsichtlich der Kosten der Leistungsklage wird dann häufig die Ansicht vertreten, daß für sie neben der Frau der Mann als Gesamtschuldner hafte. Der Tenor des Kostenurteils würde dann etwa lauten: „Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Mann zwei Zehntel. Die übrigen Kosten tragen Mann und Frau in gesamtverbindlicher Weise nebeneinander". Vgl. Siegert in DJZ. 1909 S. 320; Kraus S. 252; Hochgürtel S. 44; Hörle S. 83/84. Siegert, Kraus und Hochgürtel lehren das jedoch nur für den Fall, daß ausdrücklich in der Klage die gesamtverbindliche Haftung des Mannes geltend gemacht und beantragt wird, da § 308 Abs. 2 nicht vorliege. Es wird also zugegeben, daß es sich um eine Sachentscheidung, nicht Kostenentscheidung handle.

[8]) Für eine Verteilung der Kosten nach Kopfteilen sprechen sich aus: Lessing S. 532; Petzoldt in JurW. 1902 S. 238; Walsmann S. 30; Hase S. 371; Roth S. 36; Gaupp-Stein (10) N. II, 5 zu § 100; OLG. Rostock v. 5. 6. 1907 in DJZ. 1908 S. 1232; OLG. Dresden v. 17. 4. 1902 im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 105, 108; BayrObLG. v. 18. 4. 1902 im Recht Bd. 6 S. 265; vgl. auch das im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 536 erwähnte Urteil des OLG. Dresden v. 20. 6. 1902; Menzel im Sächs. Arch. Bd. 15 S. 165; Hase S. 371.

Der Mann ist gegenüber der Klage des Gläubigers nicht bloß auf die aus seinem Verwaltungsrecht hervorgehenden Einwendungen beschränkt, sondern er hat auch alle materiellen Einwendungen der Ehefrau. Er kann seine Behauptung des Nichtbestehens der Duldungspflicht nicht nur darauf stützen, daß das eingebrachte Gut nicht hafte, sondern auch darauf, daß die Ehefrau überhaupt nicht schulde. Es muß auch dem Manne gegenüber festgestellt werden, daß der behauptete Anspruch gegen die Frau besteht. Daraus folgt aber, daß zwischen dem Mann und der Frau eine Beteiligungsverschiedenheit gar nicht besteht (s. oben § 14 II).

Das Kostenurteil muß unter Zugrundelegung von ZPO. § 100 Abs. 1 stets dahin lauten, daß die Ehegatten für die Kosten nach Kopfteilen, also je zur Hälfte, haften (vgl. vor allem Lessing S. 533; Petzoldt S. 338).[9])

Während also für die Bestimmung des § 100 Abs. 2 bei der Kostenentscheidung kein Raum ist, ist die Anwendung des § 100 Abs. 3, d. h. die Berücksichtigung der Geltendmachung besonderer Angriffs- und Verteidigungsmittel durch einen der Streitgenossen, sehr wohl möglich (vgl. Kraus S. 252; Lessing S. 534).

Man hat darauf hingewiesen, daß das hier gefundene Resultat, nämlich daß der Kläger wegen Erstattung der Hälfte der Kosten lediglich einen Titel gegen den Mann erhalte, wenig befriedigend sei, denn der Mann könne leicht insolvent sein. Man kann demgegenüber mit Recht auf den Weg des § 794 Abs. 2 verweisen: Wer einer Ehefrau Kredit gewährt, wenn die Vermögensverhältnisse ihres Gatten unsicher sind, soll das nur tun gegen Aushändigung einer Urkunde gemäß ZPO. § 794 Abs. 2, da dann die Klage gegen den Mann unnötig ist.

---

[9]) Hinsichtlich der Kosten der Leistungsklage wird auch hier wieder behauptet, daß der Ehemann für sie als Gesamtschuldner hafte. So Petzoldt in JurW. 1902 S. 338; Hase S. 371; Menzel im Sächs. Arch. Bd. 15 S. 165; vgl. OLG. Dresden im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 105, 108. Hiernach würde also das Urteil dahin zu lauten haben, daß der Mann die Hälfte der Kosten allein, dagegen die andere Hälfte der Mann und die Frau nebeneinander als Gesamtschuldner zu tragen haben. Vgl. oben Anm. 2 S. 109.

4. Häufig wird der Tenor des Urteils nicht auf den ersten Blick erkennen lassen, welcher Ansicht der Richter bei der Verurteilung der Kosten folgen wollte. Lautet nämlich das Urteil einfach: „Die Eheleute tragen die Kosten des Rechtsstreits", so muß dann das Urteil gemäß § 100 ZPO. ausgelegt werden, d. h. entweder hat § 100 Abs. 1 oder § 100 Abs. 4 Anwendung zu finden, also entweder die Verteilung nach Kopfteilen oder zur gesamtschuldnerischen Haftung. Es bedarf auch im Tenor des Kostenurteils richtiger Ansicht nach gar keines ausdrücklichen Ausspruchs über die Art der Erstattung, denn diese ergibt sich aus der Natur der zugrunde liegenden Hauptverbindlichkeiten. Richtet sich nämlich die Klage neben dem Leistungsanspruch gegen den Mann nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung, dann kommt nur die Kostenverteilung nach Kopfteilen in Frage, wird aber gegen den Mann ebenfalls der Leistungsanspruch in gesamtschuldnerischer Haft mit der Frau geltend gemacht, dann — aber auch nur dann — geschieht ohne weiteres auch die Kostenverteilung nach den Grundsätzen des Gesamtschuldverhältnisses.

5. Im vorstehenden ist nur der einfachste Fall behandelt, nämlich der, daß der Kläger sowohl gegenüber dem Mann wie gegenüber der Frau vollständig gesiegt hat. Es lassen sich aber noch mannigfache Komplikationen denken. Es ist z. B. möglich, daß der Kläger gegen den einen Ehegatten völlig obsiegt, gegen den andern Ehegatten dagegen unterliegt, daß der Kläger gegenüber beiden Ehegatten nur teilweise obsiegt, daß schließlich der Umfang seines Sieges gegenüber den beiden Ehegatten ein verschiedener ist.

Es handelt sich dabei um die auch sonst bei Streitgenossenschaft vorkommenden Komplikationen, die aber bei der hier in Betracht kommenden Streitgenossenschaft der beiden Ehegatten keine besonderen Schwierigkeiten bieten und deshalb an dieser Stelle nicht besonders behandelt seien.[10])

6. Schließlich sei noch folgender Fall berührt: Der Kläger klagt gegen A und Ehefrau B auf Leistung, gegen den Ehe-

[10]) vgl. Lessing S. 519ff.; Hein S. 281 a. E.; KG. v. 18. 5. 1909. OLG. Bd. 19 S. 82.

mann B auf Duldung. Dann sind auch A und Ehemann B Streitgenossen, und die Kostenfrage ist nach § 100 Abs. 1 zu entscheiden, d. h. im Falle des Unterliegens trägt jeder ein Drittel der Kosten. Wären A und Frau B in der Hauptsache gesamtschuldnerisch verurteilt, so würde das Kostenurteil zu lauten haben: „A und Frau B haften in Höhe von ein Drittel der Kosten als Gesamtschuldner, für das letzte Drittel haftet der Ehemann B allein".[11]) Würde übrigens auch der Ehemann B gesamtschuldnerisch neben A und Frau B auf Leistung verklagt, so würde, da durch die Erhebung der Duldungsklage neben der Leistungklage gegen Ehemann B keine besonderen Kosten entstanden sind (s. oben II, 2 a. E.), im Falle des Unterliegens der Beklagten das Kostenurteil einfach dahin zu lauten haben, daß die drei Beklagten die Kosten tragen, und zwar gemäß ZPO. § 100 Abs. 4 als Gesamtschuldner. Ein besonderer Anspruch wegen der Kosten der Duldungsklage wird sich in diesem Falle erübrigen.

IV. Es bedarf sodann der Prüfung, wie der § 93 ZPO. gegenüber der Klage gemäß § 739 anzuwenden ist.

Nach ZPO. § 93 fallen bekanntlich dem Kläger die Kosten des Prozesses zur Last, wenn der Beklagte zu Beginn der mündlichen Verhandlung den Anspruch sofort anerkennt und er durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage, soweit sie gegen ihn gerichtet ist, keine Veranlassung gegeben hat.

Wann hat nun der Ehemann zur Erhebung der Duldungsklage Veranlassung gegeben?

Die Beantwortung dieser Frage wird im allgemeinen je nach der theoretischen Grundauffassung von dem Verhältnis der Frauengläubiger zum Ehemann verschieden sein. So werden die Anhänger der Feststellungstheorie eine Veranlassung der Klage durch den Mann dann als gegeben ansehen, wenn der Mann außergerichtlich die Vollschuldqualität bestritten hat. Wer in der Klage des § 739 eine Leistungsklage sieht, wird dem Manne die Kosten trotz seiner Anerkennung auferlegen, wenn er nicht der von ihm behaupteten Leistungspflicht nachgekommen

[11]) vgl. Lessing S. 535.

ist. Die Grundauffassung wird jedoch nicht immer konsequent durchgeführt.[12])

Zur Klärung der Streitfrage sei hier folgendes ausgeführt: Vorausgeschickt sei, daß die Beweislast dafür, daß der Mann nicht Veranlassung gegeben habe, ihn selbst trifft, denn es handelt sich um eine der beiden Voraussetzungen, unter denen § 93 eine Ausnahme von § 91 gestattet (vgl. Gaupp-Stein (10) N. 1 zu § 93; abw. Hein S. 278).[13])

1. Es ist zunächst unstreitig, daß der Ehemann jedenfalls nur dann Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben haben kann, wenn er vor Erhebung der Klage von der Schuld seiner Frau Kenntnis gehabt hat. Fehlt diese Kenntnis, dann können den Ehemann für den Fall des sofortigen Anerkenntnisses des Anspruchs Kosten nach § 93 niemals treffen. Dabei muß es gleichgültig sein, ob diese Unkenntnis des Mannes über das Bestehen der Frauenschuld auf Verschulden beruht oder unverschuldet ist.[14])

2. Hat der Ehemann jedoch die Schuld seiner Frau gekannt, dann wird er in folgenden Fällen ohne weiteres als zur Erhebung der Klage Veranlassung gebend anzusehen sein:

[12]) So z. B. Seuffert (11) 2bγ, der zwar die Klage als Leistungsklage auffaßt, aber eine Klagveranlassung durch den Ehemann doch nur dann zugibt, wenn dieser sich auf Aufforderung des Gläubigers nicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung bereit erklärt. Vgl. ferner Walsmann S. 31, der als Leistungsgegenstand nur das Dulden anerkennt, jedoch behauptet, der Mann habe die Duldungsklage veranlaßt, wenn er den Gläubiger nicht befriedige. Dasselbe gilt von Hochgürtel S. 45.

[13]) Nur gestreift sei hier die Auffassung von Du Chesne S. 6/7, daß der Ehemann regelmäßig überhaupt keine Veranlassung zur Klage gegeben habe, da er weder zum Leisten noch zum Dulden verpflichtet sei. Absurd ist auch die Ansicht von Magnus S. 68, deren Resultat er selbst als merkwürdig bezeichnet.

[14]) vgl. Seuffert (11) N. 2bγ; Jolly S. 456; Hein S. 275; Hoppe S. 37; Hochgürtel S. 45. Nur unverschuldetes Nichtkennenlassen als Befreiungsgrund von der Kostenlast des § 93 gelten: Aronius in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 263. Hochgürtel S. 45. Nach Skonietzki (N. 1 zu § 93) ist Voraussetzung des klagveranlassenden Verhaltens stets Verschulden auf seiten des Beklagten. Dagegen Gaupp-Stein N. 1 zu § 93.

a) Wenn der Mann durch Wort oder Tat vor Erhebung der Klage gegen die Frau oder erst im Frauenprozesse zu erkennen gibt, daß er die Vollstreckung nicht dulden wolle oder werde.[15]) Eine solche Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Das letztere liegt vor, wenn der Mann das Bestehen der Frauenforderung oder nur ihre Vollschuldqualität bestreitet. Im Einzelfalle kann es zweifelhaft sein, wie das Verhalten des Mannes auszulegen ist. Tritt der Mann der Frau in ihrem Prozesse als Nebenintervenient bei, so wird das regelmäßig dahin aufzufassen sein, daß er nicht dulden wolle (s. oben § 17 II a. E.). Es sei aber schon hier darauf hingewiesen, daß jedenfalls daraus, daß der Mann seinerseits nichts zur Erfüllung der Frauenschuld tut, noch keineswegs geschlossen werden kann, daß er eine Zwangsvollstreckung nicht dulden werde (s. unten Ziff. 4—6). Der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des mangelnden Duldungswillens ist die Verweigerung einer Äußerung über die demnächstige Haltung zu einer Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut gleichzuachten (vgl. Jolly S. 456).

b) Wenn er bei einer Zwangsvollstreckung tatsächlich nicht duldet, d. h. bei einer Pfändung in das eingebrachte Gut die Wegnahme der in seinem Besitz befindlichen, zum eingebrachten Gut gehörigen Gegenstände nicht gestattet, also nicht herausgabebereit im Sinne von § 809 ist.

c) Wenn er einer ohne das Vorhandensein eines Duldungstitels gemäß § 739 erfolgenden Zwangsvollstreckung gegenüber die ihm für diesen Fall zustehenden Rechtsbehelfe geltend macht.[16])

---

[15]) vgl. Walsmann S. 31; Weinhagen S. 49; Linsmayer S. 35; Du Chesne S. 7/8: Der Protest des Mannes wird zur Ursache der Entstehung des Rechtsschutzanspruchs.

[16]) Unrichtig wäre es, anzunehmen, daß der Mann nicht schon vorher, sondern überhaupt erst durch einen solchen tatsächlich erhobenen Widerspruch Anlaß zur Klage geben könne, denn dann würde allerdings die gleichzeitige Klagerhebung stets hinsichtlich der Duldungsklage auf Kosten des Klägers gehen. So RG. v. 7. 2. 1882 Bd. 6 S. 397 (altes Recht); vgl. Du Chesne S. 2, 8; Gaupp-Stein (9) N. II, 6 zu § 739.

In den vorstehenden Fällen unter a bis c kann dem Manne nicht zugemutet werden, daß er zunächst einmal die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut ohne einen Duldungstitel gegen den Mann versuche und es auf einen etwaigen Widerspruch desselben ankommen lasse. Hier hat der Mann hinreichend zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, und der Kläger kann die Klage einleiten, ohne befürchten zu müssen, daß ihm im Falle sofortiger Anerkennung des Anspruchs durch den Beklagten die Kosten des Prozesses zur Last fallen könnten.

3. Die Klagveranlassung durch den Ehemann wird ausnahmslos dann zu verneinen sein, wenn er vorher eine Urkunde nach § 794 Abs. 2 ausgestellt hat. Dann muß der Gläubiger sich mit einer solchen Urkunde zufrieden geben, da er ja damit seinen Zweck, nämlich die ungehinderte Durchführung der Zwangsvollstreckung, erreichen kann.[17]) Der tatsächlichen Ausstellung einer Urkunde ist es gleichzuachten, wenn der Mann sich zur Ausstellung auf seine Kosten bereit erklärt. Geht der Gläubiger auf dieses Angebot nicht ein, sondern erhebt er trotzdem die Klage, ohne vernünftige Gründe für die Annahme zu haben, der Mann werde trotz seiner Erklärung die Urkunde nicht ausstellen, so muß ihn die Gefahr treffen, d. h. er muß sich darauf gefaßt machen, daß ihm gemäß § 93 ZPO. die Kosten zur Last fallen.[18])

4. Dagegen ist sehr streitig, ob der Mann dann schon Veranlassung zur Klage gegeben hat, wenn er es nur unterläßt, irgend etwas Positives zur Befriedigung des Gläubigers zu tun oder eine Urkunde nach ZPO. § 794 Abs. 2 auszustellen.

Die Entscheidung der Streitfrage hängt in erster Linie ab von der theoretischen Stellungnahme zum Problem von der Rechtsnatur der Duldungsklage des § 739 (s. oben §§ 4—9). Nach der hier vertretenen Grundauffassung ist die Frage zu ver-

[17]) So Hellwig S. 228 N. 30; Walsmann S. 32; Hochgürtel S. 45; Magnus S. 68; Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 259. Abw. Ullmann S. 218.

[18]) vgl. damit den umgekehrten Fall unten Ziff. 5c, wo Klagveranlassung seitens des Mannes angenommen wird, wenn der Gläubiger den Mann zur Ausstellung einer Urkunde auf seine — des Gläubigers — Kosten auffordert.

neinen; denn der Ehemann ist richtiger Ansicht nach gar nicht verpflichtet, etwas Positives zur Befriedigung der Vollschuldgläubiger seiner Ehefrau zu tun. Er braucht insbesondere nicht zur Zahlung der Schuld mitzuwirken, dem Gläubiger keinen Vollstreckungstitel zu verschaffen oder gar eine Urkunde gemäß § 794 auszustellen. Er ist vielmehr vor wie nach Beginn der Vollstreckung regelmäßig nur zu einer negativen Leistung, nämlich zur Duldung, verpflichtet. Die Unterlassung positiven Tuns kann ihm deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, jedenfalls kann aus einem solchen Verhalten nicht gefolgert werden, daß der Mann sich auch der Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung entziehen werde. Mithin kann eine solche Unterlassung dem Kläger niemals Veranlassung zur Erhebung der Duldungsklage geben. Bei sofortiger Anerkennung des Anspruchs wird der Mann also immer gemäß § 93 der Kostenlast entgehen.[19]) Es ist also Sache des Gläubigers, sich seinerseits zu vergewissern, ob der Mann die Zwangsvollstreckung dulden will. Tut er das nicht, klagt er vielmehr, ohne sich nach dieser Richtung hin erkundigt zu haben, so treffen ihn die Kosten. Daraus folgt dann weiter, daß der Gläubiger sich dabei beruhigen muß, wenn der Mann erklärt, er werde dulden. Will er sich auf eine solche bloße Erklärung nicht verlassen, so muß er dann auf eigene Gefahr die Klage erheben.

Die gegnerische Ansicht lehrt, daß eine einfache Erklärung des Mannes nicht genügen könne, um ihn von der Kostenlast zu befreien. Wenn er das erreichen wolle, müsse er vielmehr das Hindernis beseitigen, welches einer Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut entgegenstehe, er müsse also entweder den Gläubiger vor der Klagerhebung befriedigen, zum mindesten der Frau diejenigen Barmittel, die diese zur Begleichung ihrer

---

[19]) vgl. Kraus S. 252; Linsmayer in ZZP. Bd. 33 S. 34, 36; Jolly S. 451, 452, 456; Gaupp-Stein N. II, 6 zu § 739; OLG. München v. 11. 5. 1907, BayZ. Bd. 3 S. 376; KG. in OLG. Bd. 19 S. 73; vgl. Hase S. 373; Walsmann S. 31.. Daß die oben gezogene Folgerung für den Vertreter der hier gebilligten Anschauung von der Duldungspflicht des Mannes nur konsequent ist, erkennt an Langheineken S. 269 § 14 IV, 2. Vgl. Hein S. 268.

Schuld im Zeitpunkt der Fälligkeit bedürfe, aus dem eingebrachten Gut zur Verfügung stellen oder ihn doch wenigstens in die Lage versetzen, ein gegen die Frau ergangenes Urteil sofort in das eingebrachte Gut zu vollstrecken.[20])

Soweit diese Ansicht von der Auffassung ausgeht, daß der Mann gegenüber einer Vollschuld der Frau zu positiven Leistungen gegenüber den Gläubigern verpflichtet sei, und daraus die Folgerung ableitet, daß der Mann durch die Unterlassung solchen Tuns Veranlassung zur Klage gemäß ZPO. § 93 gegeben habe,[21]) kann hier lediglich auf die Ausführungen oben § 4 I verwiesen werden.

Teilweise wird aber auch von einer Stellungnahme zu der grundsätzlichen Frage, ob der Mann zu positiver oder negativer Leistung verpflichtet sei, ganz abgesehen oder gar anerkannt, daß eine solche Verpflichtung an sich nicht bestehe.[22]) Es werden dann besondere Gründe dafür geltend gemacht, daß dem Ehemann die Unterlassung der Befriedigung der Vollschuldgläubiger oder gar der Ausstellung einer Urkunde nach ZPO. § 794 Abs. 2 anzurechnen und er in solchen Fällen als die Klage veranlassend im Sinne von ZPO. § 93 anzusehen sei.

a) Da es sich hier nur darum handle, ob der Mann Veranlassung zur Klage gegeben habe, so müsse das aus praktischen Gründen bejaht werden, falls der Mann fällige Forderungen un-

---

[20]) vgl. Ullmann S. 218/19 N. 17 Abs. 2; Walsmann S. 31; Hochgürtel S. 45; Schink im Recht S. 571; Jolly S. 451, 456; Hellwig S. 321; Hörle S. 85; Stobbe S. 98; Roth S. 33; vgl. auch Petzoldt in JurW. 1902 S. 338; Hein S. 279 Ziff. 3; Seuffert N. 2 zu bγ; Petersen-Anger N. 6 zu § 739; KG. v. 3. 11. 1902, OLG. Bd. 5 S. 398; OLG. Dresden v. 26. 1. 1901, OLG. Bd. 2 S. 295, Bd. 10 S. 97; OLG. München in Seufferts Bl. Bd. 66 S. 477; OLG. Posen v. 12. 11. 1906, OLG. Bd. 14 S. 15; OLG. München v. 11. 5. 1907, BayZ. Bd. 3 S. 376; KG. v. 2. 3. 1909, OLG. Bd. 13 S. 72.

[21]) So Langheineken S. 269 § 14 IV, 2; Hörle S. 85; Hellwig, Lehrb. Bd. I S. 228, Anspruch u. Klagrecht S. 321—323; Ullmann S. 219 Anm. 17 Abs. 2, 218.

[22]) Z. B. Aronius S. 263/64, der allerdings eine Verpflichtung zur Urkundenausstellung anerkennt; Gaupp-Stein (9) N. II, 6 zu § 739; Schink im Recht Bd. 5 S. 171; Weismann § 134a I, 5; Hochgürtel S. 45; anscheinend auch Seuffert N. 2bβ a. E.

gedeckt lasse und nichts zur Befriedigung der Gläubiger tue, trotzdem das eingebrachte Gut Mittel zur Deckung aufweise. Denn wenn der Mann trotz der ihm zustehenden Möglichkeit (BGB. § 1376) und ihm gegenüber der Frau obliegenden Pflicht (§ 1374 Satz 1) die Gläubiger nicht befriedige, so könne daraus jeder Dritte, also auch der Gläubiger und der Richter, den Schluß ziehen, daß der Mann nicht dulden wolle. Selbst eine Erklärung des Mannes, dulden zu wollen, stände dann mit dem aus seinem Verhalten zu schließenden wirklichen Willen in Widerspruch und könne an der Sachlage nichts ändern.[23])

Dagegen läßt sich einwenden, daß, wenn man einmal annimmt, der Mann sei nach materiellem Recht nicht verpflichtet, die Vollstreckung zu ermöglichen, es dann auch unlogisch ist, ihn auf dem Umwege über eine besondere Kostenverteilung doch dazu zu zwingen, zu erfüllen oder gar eine Urkunde nach § 794 auszustellen (so mit Recht Linsmayer S. 36).

b) Ferner wird zur Begründung angeführt, der Gläubiger müsse Klarheit haben, ob er den Mann zu verklagen habe oder nicht; wenn er sich aber mit einer bloßen Erklärung des Mannes, daß er dulden werde, zufrieden geben müsse, dann sei er ja immer der Gefahr ausgesetzt, daß der Mann wortbrüchig werde und schließlich doch nicht dulde, z. B. bei der Pfändung beweglicher Sachen nicht herausgabebereit sei (§ 809). Er müsse es dann also entweder auf den Versuch ankommen lassen, ob der Mann bei der Zwangsvollstreckung dulde, oder aber von Anfang an die Duldungsklage erheben, wobei er sich dann der Gefahr aussetze, gemäß § 93 zu den Kosten des Duldungsprozesses verurteilt zu werden.[24])

Es ist nun zwar richtig, daß der Mann trotz seiner Erklärung später doch der Zwangsvollstreckung entgegentreten kann. Das ist für den Gläubiger unangenehm; darin liegt aber keine Besonderheit für die Klage aus § 739, denn es kommt

---

[23]) Aronius S. 264; Gaupp-Stein (9) N. II, 6; Walsmann S. 31; Schink im Recht Bd. 5 S. 171; Weismann § 134a I, 5; Hochgürtel S. 45/46.

[24]) So Langheineken S. 269 § 14 IV, 2; Hörle S. 85; Skonietzki-Gelpcke N. 1 Abs. 1 a. E.; vgl. auch Ullmann S. 219 N. 17 Abs. 2.

doch auch sonst häufig vor, daß ein Schuldner zunächst verspricht, seiner Pflicht nachzukommen, und dann sein Versprechen nicht hält, so daß der Gläubiger, um den Schuldner zu zwingen, zur Klage genötigt ist (vgl. Jolly S. 452).

Bei Vorliegen einer Duldungserklärung des Mannes müssen also noch besondere Umstände zutreffen, die die Besorgnis begründen, daß die Zwangsvollstreckung trotz der Erklärung nicht geduldet werde, wenn der Gläubiger der Kostenlast entgehen will. Will er sich aber auf alle Fälle sicherstellen, dann muß er das auf eigene Kosten und Gefahr tun.[25])

Man wird übrigens der hier bekämpften Ansicht insofern entgegenkommen können, als man eine bloße Bereitwilligkeitserklärung des Mannes dann nicht genügend sein läßt, wenn die Erklärung des Mannes mit seinem sonstigen Verhalten im Gegensatz steht, wenn er widersprechende Erklärungen abgibt, und überhaupt in allen Fällen, wo der Gläubiger trotz der Erklärung des Ehemannes einen vernünftigen Grund zu der Annahme hat, daß er ohne Anstellung der Klage nicht zu seinem Recht gelangen werde.[26]) In solchen Fällen kann nämlich dem Gläubiger nicht zugemutet werden, daß er es auf die Erklärung des Mannes ankommen lasse.

5. Ausnahmsweise wird man übrigens den Ehemann in den folgenden Fällen doch als zu einer gewissen positiven Leistung verpflichtet anzusehen haben:

a) Wenn ihn der Gläubiger zu einer Erklärung über sein Verhalten bei einer demnächstigen Zwangsvollstreckung auffordert, dann ist es Pflicht des Mannes, sich zu äußern. Weigert er sich, so treffen ihn die Folgen, insbesondere also die Kostenlast.[27]) Diese Erklärung kann dann schriftlich oder mündlich

[25]) Er kann übrigens auch den unten Ziff. 5c erwähnten Weg wählen und den Mann auffordern, auf seine — des Gläubigers — Kosten eine Urkunde gemäß § 794 auszustellen. Kommt der Mann dieser Forderung nicht nach, so kann dann der Gläubiger, ohne der Kostenlast nach § 93 ausgesetzt zu sein, die Klage nach § 739 erheben.

[26]) So mit Recht Hochgürtel S. 45. Allerdings ist das Unterlassen der „Erfüllung" seitens des Ehemannes noch kein solch vernünftiger Grund.

[27]) So Jolly S. 456; Walsmann S. 31.

abgegeben werden, je nach Belieben des Mannes. Einen Anspruch auf schriftliche Erklärung wird man dem Gläubiger nicht zuerkennen können. Der Gläubiger muß auch zufrieden sein, wenn der Ehemann seinen Willen, demnächst dulden zu wollen, nur bedingt erklärt, nämlich nur für den Fall, daß die Frau demnächst zur Leistung verurteilt wird. Denn der Gläubiger hat den Duldungsanspruch gegen den Mann nur, wenn auch der Leistungsanspruch gegen die Frau besteht, und eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut setzt einen Titel gegen die Frau voraus. Es muß deshalb dem Gläubiger genügen, wenn sich der Mann nur für den Fall des Vorliegens eines Titels gegen die Frau zur Duldung bereit erklärt. Eine solche nur bedingte Bereitwilligkeitserklärung wird der Mann namentlich dann abgeben wollen, wenn z. B. die Frau das Bestehen der vom Gläubiger geltend gemachten Verbindlichkeit bestreitet oder der gegen sie angestrengte Prozeß noch nicht beendet ist.

b) Falls aus Handlungen oder Erklärungen des Mannes, wenn auch nur indirekt, auf seinen Widerstandswillen geschlossen werden kann, dann ist es Pflicht des Mannes, diesen geäußerten Widerstandswillen zu dementieren. Wenn er das unterläßt, so gibt er damit dem Gläubiger begründeten Anlaß zur Klage.

c) Dasselbe wird man annehmen können, wenn der Gläubiger den Mann zur Ausstellung einer Urkunde gemäß ZPO. § 794 Abs. 2 auf seine — des Gläubigers — Kosten auffordert. Es erscheint nur billig, in einem solchen Falle dem Manne die Verpflichtung zur Urkundenausstellung aufzuerlegen oder ihn jedenfalls im Falle der Unterlassung mit der Kostenlast des § 93 zu bedrohen (vgl. Linsmayer S. 36).

Nur in den vorstehend aufgeführten Ausnahmefällen kann mithin für den Ehemann aus dem Unterlassen positiven Handelns die Aufbürdung der Kostenlast trotz sofortiger Anspruchsanerkennung entspringen.

6. Wenn also nach den bisherigen Ausführungen eine bloße Erklärung des Mannes, dulden zu wollen, schon genügt, um dem Gläubiger, der trotzdem klagt, die Kostenlast nach § 93 aufzuerlegen, so ist damit die Frage noch gar nicht berührt, ob

der Gläubiger in einem solchen Falle überhaupt ein Recht und ein Rechtsschutzinteresse daran hat, den Mann zu verklagen. Diese Frage ist unbedingt zu bejahen.[28]) Abweichendes wird aber zu gelten haben, wenn der Ehemann sich in einer Urkunde nach § 794 Abs. 2 zur Duldung bereit erklärt hat. Dann kann wegen mangelnden Rechtschutzinteresses der Gläubiger nicht mehr auf Duldung gegen den Mann klagen.[29])

IV. Der zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut wegen einer Frauenschuld verurteilte Mann muß dann auch noch ohne weiteres wegen der Kosten, zu deren Tragung die Frau in dem Leistungsprozesse verurteilt worden ist, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut dulden.[30])

Es wird nicht erforderlich sein, daß das im Urteil ausdrücklich ausgesprochen wird. Auch ein Urteil, das nur den üblichen Tenor hat:

> „Die Frau wird verurteilt; der Mann hat die Vollstreckung zu dulden. Mann und Frau tragen die Kosten je zur Hälfte"

wird ohne weiteres dahin aufzufassen sein, daß damit die Duldungspflicht des Mannes wie für die Hauptsache so auch für die Kosten ausgesprochen ist. Denn die Kostenschuld stellt keine selbständige Verbindlichkeit dar, sondern nur eine Ergänzung der Hauptschuld. Deshalb kann die Verurteilung zur Duldung wegen der Kostenschuld als schon in der Verurteilung zur Duldung wegen der Hauptschuld mitenthalten angesehen werden.[31])

Immerhin wird ein besonderer Ausspruch dahin, daß der beklagte Ehemann auch wegen des auf die Frau entfallenden Kostenanteils die Zwangsvollstreckung in das Frauenvermögen

---

[28]) So vor allem Linsmayer S. 34ff.; Hein S. 275.

[29]) s. Seuffert N. 1 zu § 93; Walsmann S. 32; Magnus S. 68; Hein S. 269, 274; Hoppe S. 26; abw. Linsmayer S. 34/35; Roth S. 10; Petzoldt S. 338.

[30]) vgl. Seuffert N. 2bγ zu § 739; Lessing S. 534; Neukamp in ZZP. Bd. 36 S. 387.

[31]) Abw. Hein S. 288, s. auch S. 293; vgl. Hase S. 371; Walsmann S. 35.

zu dulden habe, nicht überflüssig sein und sich vielleicht empfehlen.[32])

Zu beachten ist jedoch noch: Wenn der Kläger mit seiner Duldungsklage abgewiesen wird, so besteht trotzdem hinsichtlich der die verurteilte Frau treffenden Kosten des Leistungsprozesses nicht nur eine etwaige persönliche Kostenpflicht des Mannes nach §§ 1387 Ziff. 1, 1388, sondern auch die „Haftung" des eingebrachten Gutes nach § 1412 Abs. 2. Denn beides gilt ganz unabhängig von dem Bestehen der Duldungspflicht hinsichtlich der Vollstreckung wegen der der Frau obliegenden Verbindlichkeit zur Leistung. Während aber die persönliche Kostenpflicht des Mannes nach § 1388 im anhängigen Prozeß überhaupt nicht berücksichtigt werden kann (s. oben II, 2 b), kann die „Haftung" des eingebrachten Gutes für die Kostenschuld gemäß § 1412 Abs. 2 im anhängigen Prozeß sogar dann ausgesprochen werden, wenn der Kläger in der Hauptsache im Duldungsprozeß abgewiesen wird. Denn es kann in diesem Falle dem auf Duldung der Vollstreckung lautenden Antrag des Klägers wenigstens insoweit entsprochen werden, als der Ehemann zur Duldung der Vollstreckung wegen der Kosten des Leistungsprozesses verurteilt wird (vgl. Hase S. 374; abw. — von seinem Standpunkt aus konsequent — Hein S. 294). Es bedarf auch wohl richtiger Ansicht nach keines besonderen Antrages nach dieser Richtung, sondern der allgemeine Duldungsantrag des Klägers umfaßt ohne weiteres den Antrag auf Verurteilung zur Duldung der Vollstreckung wegen der Kosten des Leistungsprozesses (vgl. dazu Hein S. 288).

V. Es ist dann noch die Frage zu erörtern, ob die Kosten der Duldungsklage des § 739, die gegen den Ehemann einer Hypothekenschuldnerin gerichtet ist, unter BGB. § 1118 fallen.[33])

---

[32]) So z. B. das Urteil des OLG. Dresden v. 17. 4. 1902 im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 105, 108; s. das Beispiel von Hein S. 284 N. 5 und S. 290 N. 1: „Die Kosten des Rechtsstreits fallen zur Häfte dem Manne, zur Hälfte beiden Ehegatten als Gesamtschuldner zur Last. Wegen der letzteren Hälfte hat der Mann die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut zu dulden". Wegen der Zwangsvollstreckung des Kostengläubigers vgl. oben § 12 II, 6.

[33]) Im § 1118 BGB. ist bekanntlich bestimmt, daß kraft einer Hypothek

M. a. W.: Wenn jemand die Zwangsversteigerung eines Grundstücks wegen einer ihm an diesem Grundstück zustehenden Hypothek betreibt, etwa auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der der Hypothek zugrunde liegenden Schuldurkunde, in der sich die Frau der sofortigen Zwangsvollstreckung nach ZPO. § 800 unterwirft, und daneben auf Grund eines Urteils, in dem der Mann der Pfandschuldnerin zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt wird, kann dann der Gläubiger die Kosten, die in dem Verfahren gegen den Mann entstanden sind und für die natürlich in erster Linie der Mann haftet, auch zur Zwangsversteigerung anmelden? Haftet z. B. im Falle der Unpfändbarkeit des Mannes das Grundsück für diese Kosten?

Die Frage ist zu bejahen: Wenn nach BGB. § 1118 das Grundstück für alle Kosten der die Befriedung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung haftet, so sind darunter alle Unkosten zu verstehen, die der Gläubiger aufwenden muß, um die Beitreibung der Forderung aus dem Grundstücke zu ermöglichen. Wenn aber eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau Eigentümerin eines Grundstücks ist, so kann der Gläubiger, wenn er vermöge seiner Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Grundstück erlangen will, die Klage gegen den Mann gar nicht umgehen.

Demnach sind auch die Kosten einer Klage, die nach § 739 gegen den Ehemann einer Hypothekenschuldnerin erhoben wird, solche, für die das Grundstück kraft der Hypothek mithaftet.[34])

VI. Es sei noch die Frage berührt, ob die Eheleute bei gemeinsamer Verklagung zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters verpflichtet sind, also ob und unter welchen Umständen die Kosten der gesonderten Vertretung im Sinne von § 91 ZPO. erstattungsfähig sind.

Die Frage ist dahin zu entscheiden, daß die Kosten der

---

das Grundstück auch für die Kosten „der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung“ haftet.

[34]) s. das im Sächs. ArchR. Bd. 3 S. 441 erwähnte Urteil des LG. Zwickau; vgl. ferner Reinhard, Zwangsversteigerung (3) § 10 Bem. 9II S. 45; vgl. auch OLG. Königsberg in Seufferts Arch. Bd. 62 S. 125.

gesonderten Vertretung stets zu erstatten sind, da für die als Streitgenossen auftretenden Eheleute eine Pflicht zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters nicht anzuerkennen ist. Deshalb sind also die Kosten der gesonderten Vertretung unbedingt erstattungsfähig im Sinne von ZPO. § 91.[35])

VII. Was schließlich die Kosten der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut angeht,[36]) so ist an sich von der Bestimmung des § 788 auszugehen, wonach die Kosten der Vollstreckung, soweit sie notwendig sind, dem Schuldner zur Last fallen. Unter Schuldner ist dabei der exequendus zu verstehen, gegen den sich die Vollstreckung richtet. Für die Kosten einer einheitlichen Vollstreckung, die sich gegen mehrere Personen richtet, haften nun regelmäßig die mehreren Schuldner nach Kopfteilen (Analogie von § 101 Abs. 1; so Seuffert (11) N. 1 d zu § 788). Da sich die Duldungsvollstreckung gegen den Ehemann und gegen die Ehefrau richtet und ebenfalls eine einheitliche Vollstreckung darstellt, so müßten also an sich auch die Kosten dieser Vollstreckung in das eingebrachte Gut wegen einer Vollschuld der Ehefrau dem Mann und der Frau je zur Hälfte auferlegt werden (so Seuffert a. a. O.). Man wird jedoch, da die Vollstreckung der Duldungspflicht gegenüber der Vollstreckung der Leistungspflicht nur etwas Akzessorisches ist, für den vorliegenden Fall diese Folgerung nicht ziehen, vielmehr die Kosten der Vollstreckung allein der Ehefrau bezw. dem eingebrachten Gut zur Last legen (vgl. Jolly S. 456).

---

[35]) vgl. Seuffert N. 2h zu § 61; Struckmann-Koch N. 1 zu § 61; OLG. Oldenburg in Seufferts Arch. Bd. 45 S. 291. Die gegnerische Ansicht (Gaupp-Stein (10) N. I, 1 zu § 61; Skonietzki-Gelpcke N. 12 zu § 91; Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 134) verlangt Prüfung für den einzelnen Fall.

[36]) Diese Frage gehört eigentlich schon in das Kapitel von der Durchführung der Duldungsvollstreckung. Sie sei aber hier im Zusammenhang mit der Frage der Kostenerstattung des Duldungsprozesses noch kurz gestreift.

§ 20.

Schlußwort.

Die vorliegende Arbeit hat versucht, eine Reihe von Streitfragen, die bei der Durchführung des Duldungsprozesses auftauchen, darzustellen und auf der Grundlage theoretischer Betrachtungen und einiger allgemeiner Prinzipien einer praktischen Lösung entgegenzuführen.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß damit der in der Bestimmung des § 739 ruhende Streitstoff noch keineswegs erschöpft ist. So bietet insbesondere die Durchführung der auf Grund eines Duldungstitels nach § 739 erfolgenden Duldungsvollstreckung noch eine Fülle von Schwierigkeiten und Problemen, die eine besondere Behandlung erforderten und verdienten.[1])

Mannigfache Streitfragen bestehen auch darüber, welchen Einfluß die Bestimmungen des § 739 auf die unter dem Gesamtbegriff Konkurs zusammengefaßten Vollstreckungsmaßnahmen haben, soweit sie sich auf das eingebrachte Gut einer Ehefrau erstrecken.[2])

Schließlich ist auch das Problem, wie die Vollziehung des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen in das eingebrachte Gut einer Ehefrau durch die Norm des § 739 berührt wird, nach verschiedenen Richtungen streitig.[3])

---

[1]) Dabei wären z. B. zu erörtern: Die Voraussetzungen dieser Vollstreckung, die Feststellung des Vollstreckungsobjektes, die vollstreckungsrechtlichen Einwendungen der Ehegatten, die Pflicht der Ehegatten zur Leistung des Offenbarungseides, die Besonderheiten der Vollstreckung wegen öffentlichrechtlicher Verpflichtungen der Frau usw.

[2]) s. darüber Ullmann S. 242—258; Staudinger-Engelmann N. 8 zu § 1411; Schmidt-Habicht N. 19 zu 1411; Hein S. 3—7; Dissertationen Heidemann und Kauder.

[3]) vgl. Hein S. 234 ff.; RG. v. 30. 6. 1909, BayZ. Bd. 5 S. 394; KG. v. 27. 5. 1909, OLG. Bd. 18 S. 396; vgl. auch Hein in JurW. 1911 S. 167.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.